

İSLAM HUKUKUNA SOSYOLOJİK BAKIŞ*

Zur soziologischen Betrachtung des Islamischen Rechts**

Prof. Dr. Joseph SCHACHT

Çev. Prof. Dr. Bülent UÇAR*** - Hakkı ARSLAN****

1.Giriş.

Max Weber “Ekonomi ve Toplum”¹ eserinin 7. bölümünde kavram dizgesini özellikle Batı hukuku tarihinden yola çıkarak oluşturduğu ve de öncelikle onun üzerinde uyguladığı bir hukuk sosyolojisi oluşturmuştur.

Weber, İslam hukukuna ilişkin dağınık birkaç bilginin yanında bir de özet niteliğinde bir değerlendirme (s. 474ff) sunmuştur, ancak bu değerlendirme İslam hukukunun sistemi ve tarihi ile ilgili belgelerin eksikliği nedeniyle yetersiz kalmaya mahkum olacaktı. Buna benzer bir yaklaşımı İslam hukukuna da uygulamaya çalışma girişimi sadece bu zamana kadar kendi iç yapısının niteliği hakkındaki bilgi eksikliğini tamamlamakla kalmayacak, aynı zamanda sosyolojik konuların İslam hukuk tarihine de uygulanabilir-

* Bu yazıdaki bazı temel düşüncelerin Leiden’deki 7. Hollanda oryantalist kongresinde (bkz. Oostersch Genootschap in Nederland, Verslag van het zeventende Congres, Leiden 1933, s. 36) ve Bonn şehrindeki 7. Alman oryantalist kongresinde (bkz. ZDMG, N.F. Cilt 13, S. 13) sunulmasından dolayı bundan sonra gelecek olan açıklamalarda elbette ki İslamcılar (şarkiyatçılar kastedilmektedir B.U.) için tabii olan bilgilere de yer verilmesi kaçınılmaz oldu. Bergstraesser ismiyle kendisinin basım aşamasında olan “Grundzüge des islamischen Rechts - İslam Hukukunun ana hatları”, tetkik edip yayına hazırlayan J. Schacht, çalışmasına atıfta bulunulmuştur.

** Bu makale Der Islam, XXII (1935), s. 207-238’de yayımlanmıştır.

*** Osnabrück Üniversitesi Kültürlerarası İslam Araştırmaları Merkezi, ALMANYA; ucarbu@googlemail.com

**** İslam Bilimlerinde Doktora Öğrencisi, Frankfurt.

¹ Grundriß der Sozialökonomik; 3. Ableitung, 2. Auflage, 1925 s: 389

liğini kanıtlamış olacak.² Ancak Weber'in kavramlarının bu şekilde alelittlak İslam hukukuna uygulanabilirliği fikrine kapılmamak lazım: Bilakis onun tarihinin genel olarak sosyolojik açıdan incelenmesi gerekir.³ Bununla birlikte İslam hukuk tarihinin farklı dönemlerinin sosyolojik açıdan da birbirinden ayrıldığı ya da tam tersine birbirinden farklı olguların sosyolojik şartlardan dolayı bir ilişkiye bağlandığı görülecektir. Ayrıca Weber'in kullandığı bir çok kavramın İslam hukuku alanında da anlamına uygun olarak kullanılabilmesi, onların ikinci derecede iki tarafın sonuçlarını onaylama amacına hizmet edebilir. Burada yalnızca teknik olarak İslam hukukunun sosyolojik açıdan değerlendirilmesinin yapıldığı ve de hiç bir şekilde kendisinin sosyal hayat-taki teori ve pratiğinin ortaya koyulmaya çalışılmadığını özel olarak belirt-meye herhalde gerek yoktur.

2. Hukuk Alanlarının Farklılaşması (İhtisaslaşma)

Şeriata -İslam hukukuna- göre hepsi aynı türden oldukları için hukuk dalları arasında esasa dair farklılıklar bulunmamaktadır. Sadece ikincil olarak halk bilincine göre din ile yakından ilişkisi olan ve şeriata da pratik hayatta kendini hemen hemen kabul ettirdiği hukuk alanları ile diğer sahalar bazen birbirinden ayrılır. Kimi zaman yapılan biçimsel sınıflandırmalar⁴ yüzeysel seviyede saplanıp kalıyorlar. Bu bakımdan şeriatta kamu ve özel hukuk ayrımı da söz konusu olmamaktadır.⁵ Bizim anladığımız şekliyle özel hukuk çok geniş tutulmuş olduğundan kamusal yetki alanları genellikle sübjektif karakterli talepler yahut vazifeler olarak karşımıza çıkar.⁶ Bu her şeyden önce İslam hukukunun din kökenli olmasından kaynaklanır.⁷ Bizim ceza hukuku ile medeni hukuk arasında yaptığımız ayrım ise Şeriatta, tarihsel açıdan bizi aydınlatan, "Allah'ın hakları" ile "insanın hakları" arasındaki karşıtlığa tekabül eder; Kuran'la (ve gelenek-

² Bu kavram burada en geniş anlamıyla ele alınmıştır ki, bir yandan İslam öncesi Arap dönemini, diğer yandan da teorinin yanında İslam ülkelerinde uygulanan hukuk düzenini kapsayabilsin. Araştırmanın merkezinde İslam hukukunun dar anlamı yer almaktadır.

³ Konunun belirgin olması açısından giriş bölümünde büyük ölçüde Weber'i takip ettim; 2-6 bölümler Weber'deki 1,2,4/5,5/6 paragraflara tekabül ediyor.

⁴ Mesela İsna Aşeriye şiiilerinde: İbadet (ibadetlerle ilgili görevler) ukud (sözleşmeler), ikaat (tek taraflı hukuki işlemler), ahkam (mesela ceza hukuku ile miras hukuku'nuda kapsayan diğer yükümlülükler).

⁵ Fıkh'ın, hukuk biliminin, yaptığı eski bölüm sınıflandırması bile kamusal-hukuksal normları herhangi tutarlı bir şekilde standardize etmeye yönelik değildi, çünkü bu ayrım için gerekli olan bilinç eksikti. Bunlar ana hatlarıyla şu bölümlerin altında toplanmıştır: Namaz (Cuma hutbesinde imam'ın, yani İslam cemaati'nin lideri'nin isminin bağımsızlığın bir işareti olarak anılması), zekat vergisi, hadd cezaları, din savaşları ve kâfirler ile ilişkiler, imamet, yargı; çoğu özel hukuk ile ilgili kurullarla çok sıkı bir ilişki içerisindedirler. Kamusal-hukuksal alanlarla ilgili konuların müstakil çalışmalara konu olması bu olguya ters düşmez, misal olarak Ebu Yusuf'un, Yahya İbn Adem'in, Ebu Ubeyd ve Kudame bin Cafer'in maliye hukuku ile ilgili, el-Maverdi ve İbn Cema'a'nın devlet hukuk ile ilgili eserlerini zikredebiliriz.

⁶ Örneğin savaş hukukunda eman'ın verilmesiyle ilgili görev, bir gayri müslim'in güvenliğinin sağlanması, vergi yasasında zekat ödeme yükümlülüğü.

⁷ Buna karşın İslamda yaygın olan iktidarın patrimonyal yapısıyla (Weber, s. 388) bir bağlantı gözükmemektedir.

lerle) (sünnet kastedilmektedir B.U.) sabit olan zina, zina iftirası (kazf), şarap içme, hırsızlık ve yol kesicilik (hirâbe) ile ilgili had cezaları prensip⁸ olarak birinci kategoriye ait, ikincisi ise hem sivil sorumluluğu hem de suç işlemekten doğan sorumluluğu kapsar.

Bu ceza hukuku tamamen İslami (gerçi kısmen Yahudilikten de etkilenmiş) bir yenilik olarak din temelinde gelişmiştir; bu dini karaktere, bir yandan cezalandırmadan vazgeçme imkanının sağlanmaması, diğer yandan da etkin pişmanlığın⁹ dikkate alınması ve hadd uygulamasının suçun çerçevesini daraltarak, zamanaşımını kısa tutarak ve de isbat imkanını zorlaştırarak sınırlandırılması uygunluk arz eder. Aynı durumda “re’sen kovuşturma” uygulaması çok zayıf kalmıştır.¹⁰ Haddi gerektiren suçlar genel olarak Kuran’da (ve geleneklerde) yasaklanan, cezai müeyyide ile tehdit edilen ve böylelikle din suçu haline gelen cezalardır (Bergsträsser);¹¹ esas itibarıyla dine karşı yapılan suçların sorumluluğu, irtidat hariç,¹² ahirete bırakılmıştır. Buna karşı İslam öncesi örfi hukuktan şeriata geçen bölümler için, suç (Schuld) kavramının ortadan kaldırılmasıyla birlikte “haksızlığın giderilmesi” prensibi altında cezai ve sivil takibat örtüşmektedir (bkz. Aşağıda 6. Bölüm).¹³ İslam hukuku bu düşünceyi kararlılıkla özel hukuk alanına yönelik geliştirdi. Bu nedenle bir yandan mükellefiyet kavramı tam olarak gelişmiştir;¹⁴ diğer yandan yaralamalarda kısas veya kefaret yoluyla “intikam” saiki oldukça sıkı bir şekilde kurallaştırılmasına rağmen, tam anlamıyla gerçek bir ceza hukuku geliştirememiştir;¹⁵ daha ziyade haksızlık durumunda basit bir telafiyi öngören medeni hukuka göre bir uyarılma yoluna gidilmiştir. Dini ceza hukuku alanında Hadd cezaları re’sen infaz edilir.¹⁶ Sivil ceza kanunu alanı ise

⁸ Suçun şekliyle alakalı nedenlerden dolayı hırsızlık ve zina iftirasının daki hadd’lerde bazı kısıtlamalarla birlikte; ancak hırsızlıkta bile Hanefi öğretilerine göre (Malikiler’de ise hırsız fakir ise) hadd cezası diğer maddi cezaların sorumluluğunu kaldırıyor.

⁹ Hırsızlık ve yolkesicilik’te yakalanmadan önce edilen tövbe had cezasının düşmesine neden olur ve işlenen suçlar için sadece, insanın hakları’ kalır.

¹⁰ Hırsızlık ve zina iftirası şikayete bağlı suçlardır; zina durumunda şahitler normalde davacıya benzer bir rol oynamakta; ancak yolkesicilikte “re’sen kovuşturmadan” bahsedilebilir, kısmen muhtesip makamında da (bkz. aşağıda).

¹¹ Kuranda tıpkı şarap içme gibi yasaklanan domuz eti için had cezası söz konusu değildir: en fazla ta’zir’le (bkz. aşağıda) cezalandırılır.

¹² Ancak mürtedin öldürülmesi dahi genellikle had cezası olarak görülüyor.

¹³ Bu yüzden Efendi kölesinin işlediği bir suçtan dolayı maddi sorumluluk kabul etmek istemiyorsa ondan feragat edebilir (satabilir/devredebilir) veya tam tersi durumda borçlanarak köleşen kişiyi belli şartlar altında satın alabilir.

¹⁴ Mirasçı’nın borcunun varise geçmediği cümlesi hala asli durumun bir neticesi (Weber, s. 392) olarak görülebilir mi?

¹⁵ Bu tür yaklaşımlar arasında ‘Allah hakkı’ olarak tanımlanan kefaret ve de bazı durumlarda Kadı’nın kefaretin yanında verdiği değişken ceza olan tazir de görülebilir; bkz. bir sonrakinden sonraki dipnot.

¹⁶ Aynı şekilde her iki alanı kapsayan tazir’de de bu böyledir.

galib gelen tarafın hemen hemen tamamen¹⁷ “kendi kendine yardım etme” hususunu tanır, bunun neticesinde galip tarafın kısas ve kefarete parasından da vazgeçme hakkı vardır. Kısasın uygulanması için cezaya çarptırılan kişi kendisine teslim edilir; otorite sadece bu infazı gözetim altında tutar, uygulanmasını sağlar ve gerektiği zaman kendi imkanlarını bunun için tahsis eder- prensipte ‘kendi kendine yardımdan’ kesin olarak ayrılmayan özel hukuktaki icrada olduğu gibidir bu.¹⁸ Bu iki alan ceza hukukunun tamamının dayandırıldığı, din suçlarının cezalandırılması’ ve ‘kişisel ölç’ modellerini en doğal haliyle temsil etmektedir. Her iki alanda da Tazir, yani kadı tarafından belirlenen ceza uygulanabilmekte; bu uygulama bir yandan had cezasının şartlarının tam olarak oluşmadığı durumlarda onun yerine geçmekte bazen de kuvvetlendirmek için ilaveten yanında durmakta, bir de had cezası olmayan dini cürümlerin yanı sıra sivil cezai sorumluluğun yanında asıl ceza hukuku unsuru olarak devreye girmektedir. İslam hukuk pratiği şeriatın teorik kurallarından özellikle ceza hukuku alanında epeyce uzaklaşmıştır. İkisi arasındaki bu sınırsal alandan *nazir el-Mezalim* ve *Muhtesib*¹⁹ görev almaktadır. İki kurum da şeriat tarafından onaylanmıştır ancak uygulamada çoğu zaman onunla ihtilaf halindedir – hatta kutsal hukukun taleplerini yerine getirmek istediği durumlarda bile onunla çatışır- zira onun usûl kurallarına (Verfahresvorschriften) uymamasından menkuldür bu durum.²⁰ Mezalim nazırı kâdî’nin yargı yetkisinin sözünün geçmediği yerlerde,²¹ “şiddet eylemlerinin denetleyicisi” olarak devreye girer; başarılı bir şekilde olaylara müdahale edebilmesi için dava ve infaz süreçlerinde geniş ölçüde tam yetkiyle donatılmıştır; dini ceza hukuk alanı yetki alanının dışında tutulmasına karşı, sivil ceza hukuku alanına teknik anlamda güçlü ceza hukuku unsurları dahil etmiştir. Asıl görevi sokak, pazar ve zanaat polisliklerini kapsayan ve bu alanlar için sınırlı bir yargısal yetkiye sahip olan Muhtesip aynı zamanda kanun ihlallerini kovuşturma sorumluluğuna da maliktir; bu anlamda onun makamı genel bir dini vecibe olan, ‘emr bi’l-maruf nehy ani’l-münker’ prensibinin resmi makamlarca düzenlenmesine tekabül ederken, esasen dini ceza hukukunda, ‘re’sen kovuşturma’ uygulamasına yol açmaktadır. Bu gelişme aslında ceza hukuku cihetlerine daha fazla vurgu yapıldığına dair bir yönelişi göstermektedir.

¹⁷ Bir istisnai durum Maliki görüşünde vardır. Ağırlaştırıcı koşullar altında denklikte düşük birine karşı işlenmiş cinayet olaylarında, kan davasından vazgeçmenin bir etkisi bulunmamaktadır ve ceza re’sen takip edilip uygulanmaktadır.

¹⁸ Ceza davalarında davalının durumu aynen sivil davada olduğu gibi “şahıs için kefillik” (kefale bin- nefes) durumunu oluşturmaktadır.

¹⁹ Bkz. Amedroz, JRAS 1911, s: 635vd.; 1916, s: 77vd., 287vd.

²⁰ Bu tür koşullar ticaret yasalarında da bulunmaktadır.

²¹ Bu kurumun varlığı –Kadı hukukunun - beklenen başarıyı elde edemediğini öngörür ve bu durum en eski zamanlarda da bilinmemektedir.

İslam hukuku hem şiddet sınırlaması hem de kuvvet ayrılığı olgularını çok güçlü bir şekilde gösteriyor. Gerçi şeriat teorik olarak müslümanların hayatının bütün alanlarını istisnasız ve tek başına düzenlemeyi iddia ediyor; ancak İslam ülkelerinin hukuk pratiklerinde devamlı olarak sadece halk bilincinde din ile daha yakın irtibatı olan bölümlerde kendini kanıtlayabilmiştir, diğer alanlarda ise hükümetin kontrolü altındaki örfi hukuk hakimdir. Bu durum din ulemasını asıl dini çevrelerin dışındakiler tarafından da zımni olarak kabul görmesinin yanında teorik açıdan da olumlu karşılanmıştır. Şeriatin içinde ise idari güç, tebasının çok geniş sübjektif haklarından dolayı geniş kısıtlamalara tabi kılınmıştır.²² Ayrıca İslam inancına göre hukuk yaratmak insan tasarrufunun dışında olan bir şeydir (bkz. aşağıda, ve de 3. ve 5. bölümlerde); ve hukuk kaynaklarının yorumlanması bile idari gücün elinden ziyade, icma tarafından tayin edici olarak belirlenen din ulemasının elindedir. Yalnızca yargıda idari güç kâdînin yetki alanını mekan, zaman ve maddi olarak kısıtlayarak ve onu belirli mezheplere veya otoritelere bağlayarak teorik olarak preferik alanda, ancak pratikte çok derin şekilde etkileyebilir; bundan dolayı maddi hükümler değiştirilip kaldırılamaz, ancak uygulamasında değişikliğe uğrayabilir (bkz. Aşağıda 4. ve 6. Bölümler). Ama idari ve yargısal görevlerin ayrımı İslam hukukuna yabancı kalmıştır: Kadı ve muhtesip her iki alanı da birleştirir. İslam'da otoritenin patrimonyal (tek bir yöneticinin emrine amade askeri ve idari kurumlara dayanan siyasi sistemin adı, Weber'e göre bir kavram! B.U.) yapısı kendini otoriteye bırakılan alanlarda rasyonel bir kuvvetler ayrılığının eksikliğinde gösterir, bu yüzden kamu hukukunun ilgili mercileri teoride neredeyse hiç gelişmemiş, pratikte ise çok zayıf gelişmiştir, bir de hükümetin olaydan olaya genel kuralardan yoksun serbest kararlar almasında kendini göstermektedir; buna bağlı olarak şeriatla Tazir hiç bir zaman rasyonel olarak düzenlenmemiştir.²³ Yargı oluşumunun ana kaynakları olan şahidlik ve yemin (Eid) İslam öncesi örfi hukuktan gelmektedir ve şeriatdaki sıkı ve teknik düzenlemelerine rağmen çok fazla irrasyonel kalmıştır: Şahitlik sıkı biçimde formel kalmış ve delilleri serbest değerlendirmeye yeterli alan bırakmamıştır; benzer sıkı formel kurullarla taraflardan birine yüklenen yemin ise şahitlik delilinin iptal olması durumunda tayin edici olmaktadır. Dolayısıyla ip uçlarının/karinelere hukuki kanıt (delil) olarak hemen hemen hiç bir önemi kalmamaktadır. Özellikle cinayet davasında belirsiz bir sanığa karşı 50 kez yeminli ifade vermek olan *kasâme* - şeriat tarafından tereddütle kabul edilen eski Arap usulü bir kanıt yöntemidir- ve de orjinal İslami bir yenilik olan kocanın hanımına zinadan dolayı dava açması anlamına gelen *li'ânda* beş defa yeminli

²² Örnek olarak yukarıda başka bir bağlamda değinilen savaş hukukunda eman'ın verilmesi ve vergi hukukunda zekatın ödenmesi verilebilir.

²³ Bu konuda şeriatin kendisine verdiği yetkiye dayanarak (yukarıda belirtilen yetki kısıtlamaları ile) bir otorite tarafından yapılan tek bilinen deneme, 1924 Afgan Ceza Hukuku kodifikasyonu (bkz. S. Beck, *Die Welt des Islam* 1928, s. 67ff.), kabilelerin direnişi sonucunda başarısız oldu.

ifade vermek dikkat çekecek derecede irrasyoneldir; iki durumda da yeminin sihirli anlamı çok bariz göze çarpmaktadır. İslam yargılama usulü hangi tarafın davacı olarak ispat yükünü taşıdığını ve hangisinin de davalı olarak kanıt olmadığı zaman yemin etmesi gerektiğinin tespiti üzerinde yoğunlaşmaktadır. Çünkü şahitlik delilinin mahiyeti sebebiyle somut kanıtsız yargılamanın çok büyük bir rol oynamasından dolayı bir varsayımlar (karineler) sistemiyle tesbit edilen yemin etme yükümlülüğü veya daha doğrusu hakkı neredeyse maddi alanda hukuki hakların bir parçası gibi görünüyor, öyle ki, maddi olan ile 'dava hukuku' bazen çok zor ayırt edilebiliyor. Bu hukukten geri alınması mümkün olmayan bir kabul olan *ikrar*'da özellikle böyledir;²⁴ formel olarak yargı usulünün üçüncü sıradaki delilini teşkil etse de somut etkisi bunun çok daha ötesindedir: İkrar, sahibi açısından kesin bağlayıcı olduğundan hayali kurgular oluşturmak için en uygun yöntem olagelmıştır, bunun sayesinde muhatablara hükümlerden çok geniş bir şekilde ayrılma imkanı sağlıyordu;²⁵ nitekim her türden basit hukuki akitler bile onun dava hukuku açısından son derece etkileyici olan şekline sokuluyor.²⁶ İslam öncesi Mekke'nin örfi hukukunda etkin olan ve Kuran'ın da belirli bir olayda özellikle emrettiği,²⁷ diğerinde ise hiç değilse varsaydığı²⁸ yazılı vesika delilini şeriat artık kabul etmiyor.²⁹ İslam hukukunda ender görünen ters yöne (geriye) giden bir gelişmedir bu. Ayrıca kanun oluşturma ile yargı oluşum süreci başka şekilde de birbirlerinden farklılaşıyor ki, ikincisi kendini genel olarak oluşturulan normların somut bir olaya uygulanması şeklinde tanımlıyor; bu görüş ve bununla bağlantılı olan konular ve varsayımlar (Weber s. 396) şeriate yabancıdır. Daha önce de vurgulandığı üzere insanın yetki alanının dışında kalan ve çoğunlukla somut olaylarla ilgili olan kanun oluşturmalarının- yani İslam'a göre hukuk kaynaklarının belirlenmesinin- yanında bir de hukuk kaynaklarının yorumlanması meselesi, yani aslında daha başka tikel olayların değerlendirilmesi ortaya çıkıyor. Bu uygulama ve yargısal faaliyet şeriate göre aynı türden sayılıyor; ister tam yetkili (müstakil) müctehid tarafından, ister bağımsız olarak hukuk araştırması yapabilen fakih (müctehid fi'l-mezheb) tarafından, ister belirli din otoritelerinin görüşlerine bağlanmakla yetkili mukallit tarafından icra edilsin. Böylece şeriat her ortaya çıkan yeni olayın hükmü için gerekli unsurları sunduğunu iddia ediyor, ancak yine de bütün akla gelen olayları kuşatan, eksiksiz bir sistem kurmak istemiyordu.

²⁴ Bkz. örneğin Vesey-Fitzgerald, Muhammadan Law s. 28,91.

²⁵ İkrar'ın, çift taraflı kullanımda da, bu işlevi kendisini farklı olan pratiği teoriye uydurma çabası olan hilelerin ana unsuru haline getirmekte.

²⁶ Çok erken dönemde yaygınlaşmış bir hukuki belge örneğinde böyledir.

²⁷ Sure 2, 282.

²⁸ Sure 24, 33.

²⁹ Onun için yazılı belgeler sadece tanık ifadesi delili için yardımcı araç konumundadır.

3. Objektif Hukukun Biçimsel Karakteri

İslam hukukunun ortaya koyduğu sistem sadece hukuk nesnelерinin düzenlenmesini içeren dış çerçeveyle (ama çok zayıf olan) sınırlı değildir, bilakis tikel hukuki ilişkiler ve düzenlemeler arasında 'bağlantı kurma' (o yüzden mesela borçlar hukukunun büyük bir bölümünün iç düzeni gayet dengeli), onları belirli dini kriterlere göre 'değerlendirmeyi' (mesela faizin ve garar gibi güvensiz işlemlerin yasaklanması) ve de onların 'hukuki niteliği' hakkında mülâhaza etmeyi kapsar. Şeriat bu sistemi İslam öncesi hukuk materyalleri ile birlikte devralmaktan ziyade, esas itibarıyla³⁰ kendisi oluşturdu. İslam hukuku için büyük ölçüde karakteristik olan kazuistik yapı analitik metotla yüksek mantıki dereceli hukuk cümlelerinin gelişmesini sağlamamış, bilakis- salt tasvir veya karışık hukuki olayların/ örnek davaların kurgulanması olmadığı sürece- esas itibarıyla genel soyut çözümlerinin yapılamadığı konularda bütün imkânların eksiksiz kullanılmasına yarayan parataktik (yanyana duran müstakil cümleler) bağlantılı kıyas bu görevi üstlenmiştir. İslam hukuku sadece küçük çapta irrasyoneldir: Formel olarak - İslam öncesi büyü kaynaklı (sihirli formüller, delil kaynakları, vs.) irrasyonel unsurlar bir kenara bırakılacak olursa- hem tarihi açıdan hem de İslam sistematiği açısından sadece Peygamber tarafından bildirilen ilahi kanun olması yönüyle irrasyoneldi; pratikte ise şu açıdan irrasyonel ki, belirli somut bir olaya verilen dini-ahlaki hüküm genel hükümlerin uygulanmalarına müdahale edebiliyor.³¹

İslam hukukunun rasyonelliği hem şekilsel hem de maddi açıdan geçerlidir. Formel rasyonelliği onun şekilciliğinde belirginleşiyor; ancak bu mantıki yorumlamadan ziyade (bu yüzden soyut kurallara daha az eğilim var) daha çok duygusal-somut özelliklere dayanıyor (bu yüzden kazuistik yapı baskın). Bu formel-hukuki karakterin zayıf gelişimine uygun olarak onun karşıtı olan maddi rasyonelliğin güçlü oluşumu durmakta; bu olgu İslam hukuku için büyük ölçüde tanımlayıcıdır ve kendisini hukuki problemlerin çözümünde 'soyut yorumların mantıki genellemelerinin' değil de dini-ahlaki nitelikli hükümlerin belirleyici olmasında gösteriyor. Bu maddi rasyonelliğin uygulanması sistem oluşumunun yanında İslam hukuk tarihinin belirleyici bir döneminin ana konusuydu.³² Burada yine ters yönde gelişme gösteren bir başka olay var, o da şeriatın daha başka formel-hukuki

³⁰ Bir istisna için bundan sonraki üçüncü nota bakınız.

³¹ Bergstraesser, *İslamica* IV, 289'dan bir örnek. Bazen genel kuralların bu tür ihlalleri istihsan ya da ıstislah (genel ilgileri dikkate alma) olarak ortaya çıkar ve her ikisi de kıyasın dışına çıkar. Ama genel olarak şeriat için karakteristik olan dini-ahlaki boyutta genel hükümler ortaya koyar.

³² Bkz. Bergstraesser, *İslam*, XIV, 80 ve de aşağıdaki 4. bölüm.

unsurlarla³³ birlikte İslam öncesi örfi hukuktan devraldığı geçerli-geçersiz kavram ikilisinin esas İslami kavramlar olan helal-haram ikilisi tarafından örtülmesi ve bozulması olayıdır. Delil hukukunun formel bağlayıcılığı doğrudan karar araçlarının sihirli-irrasyonel karakteriyle ilgilidir (bkz. Yukarıda 2. bölüm). Peygamber kanununun formel irrasyonel karakteri tikel olaylara kadar etkisini gösteriyor: Kuranda ve gelenekteki (sünnet) münferit vahiyler diğerleri tarafından nesh edilebiliyor (nasih- nesh eden ve mensuh- nesh edilen), öyleki genel talimatlar bile güvenilir sabitede değildir.³⁴ Esasen vahyin irrasyonel olması “hükümlere geniş ölçüde hareketlilik” gelmesi anlamına geliyordu, oysa ‘gelenğin’ sonraki hakimiyeti sonunda ‘yüksek bir stereotipleşmeye’ yol açtı (Weber, s. 471). İslam hukuk tarihinin ani ve bilinçli bir şekilde vahiy yoluyla kanun koyma olgusunun bulunduğu tek dönem Peygamber dönemidir; burada hem tikel olayların çözümlenmesi hem de genel kuralların oluşturulması söz konusuydu, zaten ikisinin arasında temelde bir fark yoktu (ikiside aynı şekilde Peygamberin kişisel niteliğine bağlıydı); bunlara çoğunlukla ‘henüz düzenlenmemiş problemler’in ortaya çıkması sebep oluyordu. Peygamber zamanını takip eden gelişme döneminde ‘hakimlerin’, hem halifelerin hem de onların vekillerinin, ‘emsal kararları’ hükümlerin en temel kaynakları olarak çok büyük öneme sahiptirler; en eski kadılar da işverenleri gibi irrasyonel idi, daha henüz belirli hüküm kuralları olmaksızın, kendi serbest takdir yetkisiyle bulunduğu bölgenin veya memleketinin örfi hukukuna dayanarak ve de şahsi konumuna göre az veya çok dini kuralları da hesaba katarak hüküm veriyorlardı (Bergsträsser).³⁵ Ancak hemen sonraları “verilen her hüküm... yalnız ve her zaman doğru olan geleneğin... bir akıntısı olarak... algılandı”; “yalnızca makbul normları uygulama inancı”, İslam hukuk tarihine en azından ilk halifeler döneminin sonundan beri hakimdir. Bu inanç etkisini iki yönde gösteriyor. Bir yandan müthiş miktarda sadece hukuk için değil, bilakis birçok başka hayat alanları için de Peygamberin ve çağdaşlarının sözlerinde ve davranışlarında yön verici örnekliklerin olduğunu ileri süren, ancak esasen İslamın ilk iki yüzyılında ortaya çıkan değişik ve sık sık birbirleriyle çatışan yönelişlerin³⁶ ilk zamana (Asr-ı Sa-

³³ Akitlerin temel unsurları olan icab ve kabul de bunların arasında yer almaktadır (bkz. OLZ 1927, Sira 664) Birinci terim (‘vacip kılmak’; anlamı için bu gibi ifadeler bkz.: Vecebet lehül cenne, ona cennet vacip oldu’, o cenneti kazandı) ‘teklif’ için birincil bir isim olamaz (burada fıkıh öğretisine göre teklifin kabulden önce ve hatta sonra bile geri çekilebilmesi hususuna gerekli özen gösterilmemiştir), fakat herhalde taraflardan birinin (alım satım aktinde muhtemelen alan tarafın) hukuki eylemindeki belirleyici unsuru farkedenden daha eski bir düşüncenin varlığı varsayılıyor, ancak bu düşüncenin eski Arap örfi hukukundaki daha başka izleri kanıtlanamaz.

³⁴ Bu örnek Weber’den alınmıştır. s. 401.

³⁵ Savaşlarla meydana gelen ‘büyük değişiklikler’, yani İslamın peygamber döneminde Arabistana ve özellikle ilk halifeler döneminde civar ülkelere askeri olarak yayılması, hukuk sosyolojisi açısından pek de önemli değil; çünkü bunlar –en genel şekliyle- esir, ganimet ve toprak hukuku alanlarında öncelikle eski Arap veya fethedilen bölgelerdeki mevcut koşulların devam ettirilmesine yol açmıştır; Peygamberin ve halifelerin bu konulardaki düzenlemeleri de mahiyet olarak diğer yargısal kararlarından farklı değildir. Bu nedenle burada ‘imperium’ ile ‘gelenek’ arasında bir uzlaşma sorunu yoktur.

³⁶ Orada geleneğin belgesel değeri bulunuyor.

adet), geriye yansıtılmasından' ibaret olan gelenekler (hadis) ortaya çıktı. Bu yağın arasına nispeten az miktardaki sahih haberler de girmiştir. Ayrıca geleneklerin (hadisler) kendileri bu şekilde bağlayıcı örneklik teşkil etmezler, bilakis bunlarla sadece kısmen uyuşan, kısmen de bunları aşan sünnet, yani cari 'adet'- sonradan ikincil olarak Peygamberin sünnetiyle özdeş kabul edilen- İslam toplumunun ameli, yani tamamıyla sosyolojik anlamda 'gelenek' bunu teşkil eder. Bundan sonraki sürecin tamamının kendisini bütün zamanlar için vazedilen ilahi kaynaklı hukuk nizamının yorumu olarak algılaması, prensip olarak aynı 'gelenek'³⁷ anlayışını yansıtmaktadır.

Diğer yandan da saygın din ulehasının temsil ettiği icma, yani İslam toplumunun fikirbirliği³⁸ Kuran ve Sünnetin (veya geleneklerin) öğretilerini³⁹ tamamlayıcı şekilde asıl belirleyici merci olarak geliştirildi; İcma sadece bu iki maddi kaynağın subutunu ve yorumunu garanti altına almakla kalmaz, bunun ötesinde kendi başına bir ölçü teşkil eder. İcmanın bu konumu (Hz.) Muhammed'e nisbet edilen, ümmetinin hiç bir zaman dalalet üzerine ittifak etmeyeceği hadisiyle formel olarak meşrulaştırılır. İcmanın Peygamber döneminden sonra da hüküm koyma yetkisine sahip olduğu teorik olarak kabul ediliyor, ancak sadece normatif olarak hatayı önleyici şekilde, pozitif olarak yaratıcı anlamda değil (Bergsträsser). Tarihsel açıdan bakınca eski zamanlarda daha henüz teorik bir yapıyla değil de İslam toplumunun doğal dini bilincinin yansıması olarak, [icma] Kuran lafzına bile aykırı olmasına rağmen kendini defalarca kanıtladı ve İslam öğretisinin önemli bölümlerinin tek kaynağı durumunda oldu, ancak zaman uzadıkça artan nisbette üzerinde ittifak edilen ve bu yüzden bütün zamanlar için çözümlenmiş sayılan soruların tekrar tekrar toplandığı tamamıyla geleneksel-muhafazakar bir unsur görünümüne girdi. 'Kutsal hukukun' tipik özelliklerinden biri olan bu gelenekselcilik kendini esasen şifahi olan ve isnad zincirleriyle korunan rivayet yönteminde de göstermektedir; bu aynı şekilde hem Kuran, hem gelenekler hem de fıkıh kitapları için geçerlidir; Kur'an için çok erken, gelenekler için biraz daha geç ve -zaten ilk dönemlere kadar gitmeyen- hukuk kitapları için baştan beri uygulanan yazıya geçirme hususu prensipte sadece hafıza yardımına yarıyordu.⁴⁰ "Evrensel geçerlilik iddiasında olan rasyonel hukuk ile mevcut yürürlükte olan yerel (...) hukuklar arasındaki tipik uyuşma sorunu" nun yanı sıra "evrensel hukukun her zaman tek meşru hukuk olarak ortaya çıkması" İslam hukuk tarihi açısından (geniş anlamda) belirleyici olan ve teoriye göre ilahi kaynaklı olan şeriat ile adet, yani

³⁷ İslam-bilimsel değil, sosyolojik anlamda.

³⁸ Başlangıçta sadece çoğunluğun belirlenmesi (bkz. Nöldeke-Bergstraesser, Geschichte des Qorans, 2. Baskı. 3. bölüm. s. 130 Dipnot. 8)

³⁹ Bu Şafii'de de var (öl.820) bkz. Şafii'nin Risale'sindeki ilgili bölümün tercümesi için bkz. Schacht, Der Islam (Religionsgeschichtliches Lesebuch, 2. Baskı H.16), s. 25 vd.

⁴⁰ Weber'in Kuran'la ilgili yorumları (s. 459) tamamen yanlıştır; ve yazıya geçirilmesinin tipik bir nedeni diye öne sürülen görüş de İslam hukukuna uygun değildir.

örfi hukuk, arasındaki ilişkide ifadesini buluyor. Adet şeriatından ayrılan veya başka alanlara giren hukuk pratiğinin tamamının adıdır ve aynı zamanda da adet (muhtemelen) onun kaynağıdır. Tarihsel açıdan şeriatın büyük ölçüde mevcut örfi hukuktan meydana geldiği gerçeğine bakmaksızın, adete sadece belli bir yere kadar yani kendisinin özellikle işaret ettiği ölçüde bağlayıcılık vasfı tanıyor ki bu da çok nadir gerçekleşiyor.⁴¹ Batı İslam'ında (Mağrib) etkin olan Maliki mezhebi öğretilerinin sonraki dönemlerinde şeriatın vakiyadan (hayatin gerçeklerinden) dolayı katlanmak zorunda kaldığı, ancak teoride göz ardı ettiği örfi hukuk ile asimile ettiği ve kendisinin bir parçası haline gelen örfi hukuk arasındaki sınırlar bazen değişkendir.⁴² Şeriat teorisi ile örfi hukuk pratiği en yoğun şekilde hileler alanında birleşiyorlar.⁴³ Onun yardımıyla hukuki işlemler şekil ve dış görünüş bakımından şeriata uygun düşürülüyor ve dolaylı olarak pratik açıdan ihtiyaç duyulan, ancak teorinin kendisine sorulduğu vakit kabul edemeyeceği, sonuçlar elde ediliyor.⁴⁴ Hileler bir yandan şeriatın değişik olan hukuk pratiğini en azından formel olarak asimile etme çabasını – zira *hiyel* kitaplarının yazarları tam da şeriat alimleri-, diğer yandan da pratiğin kendini bu tür bir meşrulaştırmaya tabi kılması eğilimini kanıtıyor – çünkü hilelerin pratik ve sahte olmayan mahiyeti çoğu durumlarda çok açık. Hiyel literatürü bizim orta çağ İslam hukuk pratiği hakkındaki bilgilerimizin neredeyse ana kaynağını teşkil ediyor. İslam hukukunun teorisi ve pratiği biraz farklı manada vesika alanında da temasa geçiyor. Belgeler (şurût, vesâik) içerik olarak genel anlamda⁴⁵ şeriatın standartlarına uyuyor ve böylece onun pratikteki uygulaması için bir kanıt teşkil ediyorlar; ama aynı zamanda teori tarafından reddedilen⁴⁶ yazma prensibinin şeriatın son “modernist” gelişim döneminde belge delilinin kendisine kalıcı bir yer bulmasından epey önce⁴⁷ pratikte çok büyük bir rol oynadığını kanıtlar.⁴⁸ Şeriat teorisinin yanında paralel olarak işleyen pratikte de din uleması tarafından bu süreç kaydedildi ve bu alanda geniş, kısmen bütün detayları ayrıntılı bir şekilde şerh edilen, belge koleksiyonu oluşturuldu. Hiyel ve şurût, her iki olgu, İslam içinde de hukukun kendini pek fazla ekonomik

⁴¹ Bazı sözleşme türleri, eğer uygulamada adet olmuş ise serbesttir (ancak bu bile ilk etapta genişletici değil kısıtlayıcı manada kullanılmıştır [Bergstraesser]); örfi hukuk arasına akit sözleşmeleri için bir yorum prensibi olarak ve diğer benzer şeyler için kullanılıyor.

⁴² Şeriat ve adet'in dayandığı diğer noktalar için bkn XX, 209 vd, yukarıda Nazır al-Mazalim, Muhtesib ve Kasame ile ilgili verilen 2. alıntıdır.

⁴³ Bkz. İslam XV, 211.

⁴⁴ İslam XX, 210.

⁴⁵ İstisna olarak bir yandan Hileler için gerekli olan Muvada'a belgeleri (Bkz. Schacht, Das Kitabal-hijal vval-mahariğ des al-Hassaf, s. 75) diğer yandan da üzerinde örfi hukukun etkisinin daha fazla görüldüğü geç dönem batı Maliki belgelerine bakmak gerekir (bkz. yukarıda).

⁴⁶ Bkz. yukarıda ki 2. bölüm.

⁴⁷ Bkz. İslam XX, 213, 223, 232; REI 1931 s. 512 vd.

⁴⁸ İslami belgelerin hukuki kıymeti ve uygulanması, özellikle ortaçağda Avrupasında menkul kıymetin gelişimini etkilemiştir. Weber, s. 424.

durumlara göre ayarlamadığını ve aynı zamanda nasıl “hukuk tekniğinin... kendi yolunu çizdiğini” gösteriyor (Weber, s. 395, 424). Şeriat ve adet arasındaki uyuşma genel olarak bütün alanlarda iki tarafın da yetki alanının eşit bir şekilde düzenlenmesine yol açtı; şeriatla din ile az çok irtibatı olan hukuk bölümleri (İbadet, Evlilik ve Aile, Miras hukuku, Vakıflar⁴⁹) düşerken, devlet hukukunun bir bölümünü, özellikle ceza hukukunu kendi eline almıştır,⁵⁰ ancak asıl ticaret ve akit hukuku daima örfi hukukun tekelinde kalmıştır; bu aslında doğrudan şeriatla zıt değildi, fakat asıl olarak piyasanın ihtiyaçlarına uyarlanan daha geniş bir hareketlilik imkanı ile ön plana çıkıyordu (Bergsträsser).⁵¹ Bu örfi hukuk özellikle hilelerde hukuk normu oluşumunun ikinci temel kaynağının etkisini en açık biçimde göstermektedir, ki bu ikinci kaynak “ tarafların birlikte hareket etmeleridir” ve “ikrarların tipik olmasını” sağlar. Weber’in (s.400) “bağlayıcı-zorlayıcı” hakkındaki hesapları ve gai anlaşmaların [Weber’e göre bir kavram: Sipesifik, sayısal itibarla belirli ve sınırlı, soyut kaliteyi gözetmeyen ve genelde ekonomik bir antlaşma. Emredici ve yasaklayıcı özellikten uzak, mubah olanı esas kabul eden antlaşma türü, zıttı. Statü antlaşması.] buna uyarlanması hakkındaki yorumları hilelere de uymaktadır. Zira bunlar gai anlaşmaların şeriatın formel yönüne uyarlanması talebinden başka birşey değildir. Devletin hukuk icbarı⁵² yeterli olmazsa –zira bu kurumların çoğu “kanunun zahiri tarafından desteklenmiyordu/kapsanmıyordu ancak ona muhalif de değildi” (Weber, s.476)- onun yerini konvansiyon (ittifak veya gelenek) alıyordu. Bu, araya aracı kişilerin girmesi şeklinde tezahür ediyordu, bunlar hileler içinde vazgeçilmezdir ve görevleri taraflar arasında şeriatın formel yönüne uyan anlaşmaların sadece gerçekten de hedefledikleri yönünün gerçekleşmesini sağlamaktı. Tarafların akit hukuku alanında “mesleki” olarak çalışan uzman danışmanlara ihtiyacı ortadadır ve bunlar hiyel ve şurut’ta da gördüğümüz gibi genellikle şeriat alimleri arasında bulunmaktaydı. Asıl görevleri “cavere (kendi korumak)” yani hiyel ve şurut literatüründe devamlı yer alan ihtiyacı gerçekleştirmektir.

⁴⁹ Bundan dolayı kısmen de emlak hukuku; bkz bir sonrakinden sonraki dipnot.

⁵⁰ Bu daha çok mezalim ve muhtesip yargı aracılığıyla gerçekleşiyor (bkz. yukarıda 2.bölüm) yani polis ‘idaresi’ ile (Weber, s. 389; bkz. 4. bölüm). Bunda şeriatın maddi gereksinimleri imkan dahilinde yerine getirilmeye çalışılıyor (Yakalanan hırsızın elinin kesilmesi, şarap içene verilen dayak cezası [hatta Osmanlılarda bile] vs.) ancak bunların belirli bir hukuki prosedür gerektirdiği göz ardı ediliyor.

⁵¹ Şeriatla detaylı olarak ele alınmayan emlak hukuku kendinin gösterdiği temeller üzerine farklı ülkelerde ve zamanlarda farklı şekilde kurallara bağlanmıştır; elbette bu tür bir ilavenin etkisi şeriatla çatışmaya neden olabilir (Bergsträsser). Weber’in (s. 477) bir olay üzerinden vurguladığı hukuk güvensizliği (Tunus’ta ki ne benzer koşullar birçok İslam ülkesinde de mevcut) şeriatın kendine has yargı özelliklerinden kaynaklanmıyor (bkz. aşağıda ‘Kadıhukukuna’ dair 4. bölüm), bilakis yalan şahitlik ile –pratikte- sahte belgelere karşı eksik korumadan meydana gelebiliyor; İslam delil hukukunun kendine has durumu ikincil olarak, ancak “kestirilemez” olmasından dolayı değil, bilakis özellikle kendisinin formel yapısından dolayı burada etkili oluyor. – Şeriatın Devlet ve savaş hukuku tamamıyla kurgudur ve bu şekilde hiç bir zaman var olmamıştır.

⁵² Weber’in (s. 400) devletin hukuk hakimiyetinin mezhepler tarihine etkisi hakkındaki yorumları gerçi eksiktir ve tam isabetli değildir (özellikle Osmanlı İmparatorluğu tüm İslam dünyası ile eşdeğer görülemez) ancak olaya yaptığı değerlendirmede haklıdır. Mezheplerin yayılmasını belirleyen tek faktör şüphesiz siyasal etken değildir.

ve yeni akit şekillerinin –tam da hilelerin yani- icadını sağladı bu durum. Bu şekilde örfi akit hukuku da “hukukçuların hukuku” şeklinde karakterize edilir hale geldi. Bu sayede miras ve şirket anlaşmaları uzmanı ile vakıf danışmanlarının icat yetenekleri vasıtasıyla -bunlar “hukukun özel inisiyatif temelinde müstakil parçalarıdır”- akit hukuku mevcut örfi hukukun şeriatın icbari hukuk fonksiyonuna uyarlanması neticesinde neşet etmiştir. Buna karşın farklı İslam milletlerinde şeriata -hatta miras ve aile hukukunda dahi- mugayir oluşan örfi hukuktaki düzenlemeler, “bir kere karşılıklı kabul temelinde oluşan formların devletin her türlü hukuk icbarına rağmen yüzyıllarca varlığını sürdürebildiğini gösteriyor.”

4. Hukukun ‘hukuk saygınları-uzmanları’ Tarafından Rasyonalize Edilmesi: Hukuk Öğretisi ve Yargı

Maddi rasyonalize işlemini sürükleyen güçlerin teknik-hukuki esaslardan değil de heterojen-maddi temellerden kaynaklanması (bkz. Yukarıda 3. bölüm) şeriata kendisinin rasyonelleşme yönünde hukuki özelliklerinin gelişmesi bakımından bir katkı sağlamadı; bu ilk etapta ‘hukuk saygınlarının’ veya ‘hukuk uygulayıcılarının’,⁵³ yani hukukun şekillenmesine yönelik ‘mesleki açıdan’ etki edebilecek konumda olan kişilerin kendilerine has özelliklerinden kaynaklanmaktadır (Weber, s. 412). İslam hukukunda bu rasyonalize işlemini harekete geçiren sebep “mal nakliyesinin yükselen önemi” değil, ancak belirli bir dindar kesimin bütün hayat alanlarını dini değerlere göre kıymetlendirme ihtiyacıdır. Böylece şeriat tarihinin belirleyici bir döneminde ‘empirik-pratik’ olarak uygulamayla birlikte değil de, ‘teorik-rasyonel’ bir düzeyde geliştirilmiştir, ama bu yine de ‘hukuki-formel’ yönde değildi. Çünkü formel hukuki açıdan en net ve doğru netice istenilmeyip, dindarların dini ve ahlaki taleplerine en fazla uyumlu olan arzu ediliyordu; hukukun ahlaktan, ibadet alanından ve de adaptan ayrılması hiç hedeflenmemişti (Weber, s. 461, 468). Bundan dolayı şeriat tipik bir ‘kutsal hukuk’a dönüştü ve öğretisinin mahiyeti de Weber’in (s.459) ‘ruhban okullarına’⁵⁴ has olarak tanımladığı öğretiyle uyuşuyor. Buradan yola çıkarak ‘geleneğin’ rolü, İslam hukukuna özgü olan kazuistik yapı ile, soyut olmasına karşın çok fazla genelleştirilmiş ve bu yüzden içi boş, renksiz ve cansız olan kendine has terimler (Bergsträsser) oluşturulmuş ve muhatapların çıkarı doğrultusunda sabit normların formel olarak atlatılmasını getirmiştir (hiyel). Nihayet empirik olarak geçerli olan bir hukuk sistemini mantıki açıdan işlemekten ziyade, “insanlara ideal, dini-ahlaki kurallar veya hukuk nizamı” vaz edilmesi

⁵³ Bununla ürettikleri hukukun pratikle olan ilişkisi hakkında daha henüz bir şey söylenmiş değildir; bkz. tam tersi için daha aşağıda.

⁵⁴ Bu terimin kullanılması İslamda da ‘ruhbanların’ olduğunu ya da dini hukukun rivayetinin o dönemde ‘okullarda’ gerçekleştiğini göstermez. Ayrıca İslamda hukuk öğretisinin mahiyeti, yani ‘profesyonel’ şeriat bilginlerinin eğitimi hukuk düşüncesinin oluşumunda belirleyici değildi (Weber’de genel olarak böyle s. 412, 456) bilakis metinde değinilen koşullar ve etkenler belirleyici olmuştur. Weber’in (s. 466) geç dönem İslam hukukcularının eğitimi hakkındaki görüşleri de büyük ölçüde yanlıştır (bkz. tarihsel bakış aşağıda 5.bölüm).

daha iyi anlaşılabilir – bunlar yukarıda kısmen değinilen fenomenlerdir. Şeriatın ‘kutsal hukuk’ mahiyetinde olması geçerlilik alanınınında kısıtlamalara yol açıyor. Bir yandan koyduğu sınırlar yüzünden kendi kendini kısıtlıyor: Şöyle ki şeriat sadece müslümanlar için bağlayıcı, ancak sadece İslam ülkesinde olanlar bakımından, İslam ülkesindeki gayrimüslimler için ise sadece kısıtlı bağlayıcı – yani şahsilik ve mülkîlik ilkelerinin karışımı bir yapı söz-konusu (Bergsträsser); diğer yandan kendi ideal yapısının bilincinde olarak, zamanın bozulmasının dikkate alınması ve de insanın zayıflığı yüzünden kısıtlıdır. Bu yüzden kanun (şeriat) müslümanlardan kayıtsız şartsız bir teorik kabul istiyor (bağlayıcılığını inkar etmek küfürdür), ancak koşulların zorluğunu da kanuna uyulmaması durumunda bir özür olarak kabul ediyor ve müminlere dini vecibelerini yerine getirmediikleri zaman “pişmanlık” imkanı tanıyor (tövbe). Gayri müslimlerin İslam hukukuna tabi kılınmayıp kendi hukuki koşullarının kayıtsız devam ettirilmesinin sağlanması şahsîlik ilkesinin bir tezahürü değil de, şeriatın bir dini görevler sistemi mahiyetinde olmasının sonucudur (bkz. aşağıda 6. bölüm): İslam hukuku zorunlu olarak sadece müslümanları doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren durumlarda müdahale ediyor; gayri müslimler için burada oluşan hak mahrumiyeti esasen dini mahiyette ve devlet hukukuyla alakalıdır (Bergsträsser). ‘Kutsal hukuk’ olarak şeriat geniş ölçüde heteronomdur;⁵⁵ o yüzden kuralları sırf var olduklarından dolayı geçerlidir yoksa mana itibarıyla anlamlı olmalarından dolayı değil: Anlamsızlığa varacak kadar sürekli çıkarım sonuçları üretmek (istinbat) bunun bir neticesi, lafzın korunup mananın göz ardı edilmesi de diğer bir neticesidir⁵⁶ (Bergsträsser).

Şeriat nihai şekliyle, özellikle sistematığı açısından bir öğreti ürünüdür;⁵⁷ bundan dolayıdır ki çoktan eskimiş olan müesseselere ait birçok mesele halen sürdürülerek devam ettiriliyor: ve yine o yüzden sonraki fakihler kendi başlarına kaynakları yorumlama ve icihad etme yetkisine sahip olmayıp öncekileri taklit etmekle yükümlüler;⁵⁸ ve yine bundan dolayı sonraki zamanlarda referans alınan temel eserler Kuran ve geleneklerin (hadis) mecmuaları değil üzerinde icma hasıl olan fıkıh kitaplarıydı; yani

⁵⁵ Otonom bir unsur ise İcma’da mevcut.

⁵⁶ Burada şeriata karşı rahat bir tutumun ürünü olmayan hileler için sistematik bir çıkış noktası bulunmakta; kıyası reddedip de tamamıyla Kur’an ve geleneğin lafızlarına göre hareket etmeyi hedefleyen ve kendilerini asla rahat olarak nitelendiremeyeceğimiz Zahirî ekolü lafızcılıkta en ileri gidenlerdi.

⁵⁷ Weber’e (S.461) göre tüm tipik ‘kutsal’ hukuklarda bu böyledir. İslamda şeriatın ‘stereotipleştirilmiş hukukçu hukuku’ (S.475) karakteri özellikle dikkat çekiyor, çünkü ‘yanılmaz karar merci’ yalnızca saygın hukukçular tarafından temsil ediliyor.

⁵⁸ İctihadın yasaklanması sonradan, İcmanın (bkz. yukarıda 3.bölüm) öneminin artmasıyla şeriatın neredeyse tamamen stabilize edilmesinden sonra formüle edildi; gerçekte ise geçiş ilk nesil fukahadan itibaren aşama aşama gerçekleşmiştir. Aynı şekilde sonradan ortaya konan İslam hukukunun dört delil (Usul) teorisinde (Kuran, Sünnet, İcma ve kıyas) kendisinin hakiki oluşum süreci hakkında bilgi vermemektedir; Kıyas ‘deliller’ arasına alınmasını, pratikteki uygulaması sorun olmasa bile, teorik olarak kabul görmesinin çok şiddetli şekilde tartışılmasına borçludur; buna karşın çeşitli denemelere rağmen örf aynı şekilde fıkıh uleması tarafından hukuk kaynağı kabul görmedi.

fakihlerin özel çalışmalarıydı; ve yine bundan dolayı istenilen herhangi bir otoriteye tabi olmaya müsaade edilmeyip, sadece Ehl-i Sünnet çerçevesinde birbirlerini kabul etmiş dört mezhep arasında tercihe izin verilmiştir.⁵⁹ Bu zincirlerden kendini ancak günümüzde Avrupa'dan gelen fikirlerden esinlenerek ortaya çıkan Modernizm kurtarmak istiyor:⁶⁰ Bakalım acaba ileride geleneksel Şeriat algısının yanında bir de – her ne kadar değişik şartlarda da olsa- o eski canlı pratikle bağını kopardığı zamanla yeniden bir bağlantı kuracak olan modernist üst bakış açısı geliştirilebilecek mi⁶¹ (bkz. tarihsel bakış aşağıda 5. bölümde).

Şeriatın bu gösterilen öğretici-teknik yapısından dolayı, ilgili bir kişinin bir mesele hakkında tek başına malumat sahibi olması mümkün olmayıp, bunun için sonradan müftü adını alan ve devlet memuru olarak da görev alabilen uzman kişinin fetvasına başvurması gerekiyor. Bu kişinin faaliyet alanı kabul gören, yürürlükte olan öğretiyi aktarmaktan (delillerini çoğu zaman belirtmeden) ibarettir ve bu şekliyle sadece yeni ortaya çıkan meselelerde hukukun gelişmesine bir katkısı olur, ama bu durumda da yine mensubu olduğu mezhebin öğretilerine uygun olması gerekiyor. Yani şeriat aslında irrasyonel ve denetlenemez değildir ve bunun dışında da Romalı sorununa göre cevap oluşturan hukukçularla aralarında bazı zahiri benzerlikler olmasına rağmen derin bir yakınlık bulunmamaktadır.⁶² Bu bağlamda Max Weber tarafından çokça kullanılan Kadı hukuku (özellikle s. 477, 486) teriminin de düzeltilmesi gerekiyor: Weber'in bu terime verdiği içerik hiç bir şekilde şeriata göre hüküm veren kâdî'nın yargı usulüne denk olmayıp, onun karşıtı olan siyasi gücün elindeki "dünyevi" yargıya denk düşmektedir. İlki, Weberin terimlerini kullanırsak, "teokratik" ikincisi ise "ataerkil"dir. Buna karşın şeriatın yargı usulünde irrasyonel bir öge olarak kâdî'ların tek yargıç olarak verdikleri hükümlerin kesinliğinin⁶³ (temyiz edilemez oluşu) yanında bir de mahkemeye gidecek taraf açısından seçenek olarak çoğu zaman aynı

⁵⁹ Bkz. aşağıda 5. bölüm. Dört mezhep (Hanefiler, Malikiler, Şafiler, Hanbeliler) arasında esas itibarıyla farklılık yoktur; hukuki düşünce tarzları aynı ve bazı tikel konulardaki ihtilaflar çok nadirdir. Weber'in (s. 474vd.) mezheplerin karşılıklı ilişkileri hakkındaki beyanları tamamen isabetsizdir, ancak bunlar İslam hukukunun sosyolojik tahlilinde önemsiz olduğundan burada düzeltmeye gerek yoktur.

⁶⁰ Bunun tam karşıtı olan bir nedende dolayı, yani katı gelenekselcilikten dolayı, Hanbeli mezhebinden neşet eden Vehhabilik akımı taklidi reddedip İcma olarak da sadece Sahabe İcmasını kabul ediyorlar; bu tavır dini öğreti (doğma) ve dindarlık hakkında belirgin sonuçlar doğururken, hukukta Hanbeli sistemi aynen sürdürülmektedir.

⁶¹ Mısırdaki bu çabalar hakkındaki görüş için aşağıya bkz.

⁶² Temel bir fark fetvanın Roma hukukçusunun responsumundan (hukuki görüş bildirmesi) farklı olarak hakim için bağlayıcı olmamasıdır. Kendisinin sözde irrasyonelliğine gelince, tartışmasız olarak fetvalarla yapılmış olan suistimallerden yola çıkarak bütün bir kurumun yapısı hakkında sonuç çıkarılamaz. Bunun yanında Weber'in (s. 475) vurguladığı İslam ve Roma hukukundaki hukukçuların konumu aralarındaki benzerlik tartışmasız olarak mevcuttur.

⁶³ Herhangi bir Kadı tarafından verilen hükümler bütün diğer Kadılar tarafından başka mezhebe mensup olsalar veya -teorik olarak -ictihad ederek başka bir sonuca varsalar bile, kabul edilmesi gerekiyor; bu hukuk pratiğinde Hileler konusunda kullanılmıştır. Şeriat öğretisi bir kere verilen bir hükümün kaldırılmasına yönelik çok az imkan tanıyor, pratikte ise mezalim-mahkemelerine karsi geçişte temyiz imkanı mevcuttu.

anda birkaç kâdî'nın (farklı mezheplerden dahi oldukları oluyor) yanyana olması gerçeği bulunmaktadır;⁶⁴ bu şartlar geçtiğimiz ve içinde bulunduğumuz yüzyılda çeşitli İslam ülkelerinde yerini Avrupa modeline göre oluşturulan ve yargıç heyeti ile itiraz hakkının bulunduğu sabit yargısal düzenlemelere bıraktı, ki şeriat bu tür bir düzenleme için siyasi güce yeterli imkanı veriyor. Çünkü teori baştan beri kendisini tayin eden otoritenin meşruluğuna bakmaksızın hakimlik müessesesinin geçerliliğini benimsemiştir ve buna binaen de siyasi otoritenin kâdî'nın yetki alanına getirdiği kısıtlamaların bağlayıcılığını kabul etmiştir (bk. yukarıda 2. bölüm). Böylece Şeriat bu alanda (Ceza hukuku alanında da olduğu gibi, krş. aşağı) kendi kendini devre dışı bıraktı. Kadılar fiilen "lonca usulü ilahiyat okullarından" yetişen adaylar arasından atanılıyorlardı:⁶⁵ Teori sadece belirli bir bilgi seviyesi ve kişilik özelliklerini gerekli kılıyor; ama yine de otorite tarafından tayin edilen kişi, bu şartlara uygun olmasa da meşru olarak kâdî kabul edilir.

Genel tarihsel bakışta görüleceği üzere (bk. aşağıda 5. bölüm), şeriat tarihindeki en belirleyici olay kutsal emirlerin dünyevi hukuktan ayrılmasının gerçekleşmemesi değil (ki aslında bu da gerçekleşmiştir), tam aksine dini vazifeler öğretisinin (religiöse Pflichtenlehre) mevcut ve kendini geliştirmeye yetkin olan dünyevi hukukun içine sızmasıdır. Sonuç yine aynı: Ortaya şekli açıdan düzensiz bir hukuk yapısı çıkmıştır. Dünyevi hukukun kendini kurtaramadığı (ve bugüne kadar da hala kendini kurtaramamıştır) böyle bir nüfuz etme olayı din ile devlet ve dindarlar ile hükümdarlar arasındaki hususi ve karşılıklı ilişkiden kaynaklanmaktadır (bkz. aynı şekilde 5. bölüm). Gerçi pratikte kutsal hukuk sadece belirli hukuki alanlarda kendini ispatlamıştır (bkz. yukarıda 3. bölüm)- tam da esasen kutsal hukukun ilk etapta ilgilendiği alanlarda,⁶⁶- ama dünyevi hukukun tüm hukuki alanlardaki aksamasız gelişiminin yolunu tıkamıştır. Çoğu İslam ülkelerinin hala korudukları şeriat-mahkemelerinin yanında kurdukları dünyevi yargı bile medeni hukuka (özellikle akit hukuku) gelince⁶⁷ diğerine göre hep zor durumda kalmıştır, çünkü her ne kadar davacılar davaların çoğunda kendilerine gelse bile, esas olarak bilahare şeriat mahkemelerine itiraz imkanı hiç bir zaman tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Aynı sebepten menkul, yani şeriatın yargı alanında tam yetkili olması ve monopol sahibi olmasından dolayı, dünyevi yasama ve yargı çoğunlukla "idari karaktere" bürünmek zorunda

⁶⁴ Bu durum mesela hala Fas'ta mevcuttur, bkz. REI 1933 S.380.

⁶⁵ Weber'in (s. 476) varsaydığı gibi sadece İran'da değil; şeriatın kendini iktisadi açıdan önemli olan alanlardan da çekmesi (s. 477) yine genel bir fenomendir; buna karşın özellikle İran'da "din hukukçuları" sınıfı hala bugüne kadar çok güçlü siyasi etkiye sahip.

⁶⁶ Ancak Weber'in (s. 472) bu ilgi hakkındaki sıraladığı nedenler İslam hukuku için sadece çok az konularda geçerlidir.

⁶⁷ Ceza hukukunda (bkz. yukarıda 3.bölüm) ise durumlar farklıydı, çünkü şeriat burada şahitlik deliline getirdiği yüksek taleple bir nevi kendi kendini devre dışı bırakmış oldu. Genel olarak "kutsal hukukun bütün ceza ve kefaret sorunlarına karşı özel bir ilgisinin" (Weber, s. 472) olduğunu şeriatla görmek pek mümkün değildi (bkz. yukarıda 2. bölüm ve aşağıda 5. bölüm).

kalmıştır (bkz. yukarıda 3. bölüm). Bu durum bugün hatta Avrupa himayesi altında bulunan bir ülke olan Fas'ta bile devam etmektedir.⁶⁸ Diğer taraftan özellikle bağımsız bir İslam devleti olan Mısır, Avrupadan gelen özellikle siyasi fikirlerin etkisinde, şeriat mahkemelerinin yetki alanını belirli ve sınırları mümkün olduğu kadar dar olan hukuk alanlarıyla kayıtlamayı ve bunun yanında modern bir yasamayı yürürlüğe koymayı başarmış, hatta şeriatın kendisine bırakılan alanlarına bile yaptığı güçlü hukuki değişikliklerle belirgin bir şekilde müdahale etmiştir.⁶⁹ Bu uygulama esas itibarıyla önceki müslüman otoritelerinin hukuki uygulamalarından farklıdır, bunun en tanınmış örneği Osmanlı kanunnamelerinde karşımıza çıkıyor: bunlar (Kanunnameler) esasen sadece teorinin kendilerine tanıdığı sınırlar çerçevesinde şeriate ilaveler getirme veya onun uygulamasına yönelik kurallar koymakla sınırlı olabilirler veya öyle olduklarını iddia etmekte, buna rağmen ceza hukuku alanında (bkz. yukarıda) uygulanamaz olan şeriatın yerine dünyevi yasanın ikame edilmesine yol açtılar. Her ne kadar modern Türkiye Devleti İslam'dan ayrılmadan önce şeriatı ilga ettiyse de, "bununla İslam'ın iç sorunu çözülmeyp sadece bir kenara konulmuştur" (Bergsträsser).

5. Tarihsel bakış. `Imperiumun` rolü

Böylece tarihsel bakışın şeriatın buraya kadarki gözlemlenen en mühim özelliklerinin ortaya çıkışını gösterecek olan konusuna gelmiş bulunmaktayız.⁷⁰ (Hz.) Muhammed'in zamanında Arabistanda tevarüs eden kabile sistemi hakimdi; yalnızca bir kabileye mensubiyet insana "mal ve hayat" güvenliğini sağlıyordu; en önemli garanti kabilenin dayanışmaya dayalı mesuliyeti altındaki kan davası olup, ancak hafif hallerde fidye vererek kurtulma imkanı da mevcuttu; kabile sistemiyle aynı zamanda şahıs hukuku, aile ve miras hukuku da bağlantılı idi. Geri kalan hukuk alanları bedevilerde çok ilkel, şehirlerde (özellikle Mekke ve Medine'de) ise daha çok gelişmiş bir örf hukuku tarafından belirleniyordu, ki o da içinde yabancı (Roma yerel hukuku belki de Babilonya kökenli hukuk⁷¹) uyruklu unsurları taşıyordu. Bu yapıda, genel olarak akit, ticaret ve mülkiyet hukukunu kapsayan, daha gelişmiş hukuk sistemi içerisinde ticaret şehri olan Mekke'nin ve hurma vahası olan Medine'nin payları ayırt edilebilir. Bu koşullarda bir dini uyarıcı olarak ortaya çıkan (Hz.) Muhammed, Mekkedden Medineye yaptığı hicretle hem kabile çatışmalarına son vermek hem de adaleti sağlamakla görevlendirildi ve bu yüzden bir `hukuk peygamberi` oldu. Yani kendisi yürürlükte olan bir hukuk sistemi ve bununla da tikel kararların ilkelerinin gelecekte vuku bulacak olan aynı olaylara uygulanması düşüncesi ile karşılaştı. Esasen yürürlük-

⁶⁸ Bkz. REI 1931, s. 383ff.

⁶⁹ Bu 'yasamaya ilişkin modernizm' hakkında bkz. Islam, XX, 214 vd.

⁷⁰ İfadelerin bazıları Bergsträssere dayanıyor.

⁷¹ Bkz. OLZ 1927, Sıra 664vd.

te olan hukuku değiştirmek için bir nedeni yoktu; Onun hedefi insanlara, ahirette hesabı geçip cennete gidebilmeleri için neler yapmaları gerektiğini öğretmekti, yani bir dini görevler sistemi tebliğ etmekte. Ancak bu da önemli bir şekilde hukuk hayatına müdahale ediyor; bu açıdan Kur'an'ın hukuk hayatına yönelik kuralları tamamıyla ahlaki niteliklidir, yani yapılması gereken ve kaçınılması gerekenlerle tanımlanmıştır, belirli hukuki sonuçların belirli eylemlerle bağlantılanması şeklinde değil. Bu şekilde özellikle aile hukuku, miras hukuku ve savaş hukuku düzenlenmiştir; buna yol açan neden, bir yandan zayıfların daha fazla korunma ihtiyaçları, diğer yandan da yürülmekte olan ve ortaya çıkan yeni koşullar için yeterli olmayan hukuktaki boşlukların doldurulmasıdır; eskiyle arasındaki kırılmanın en bariz bir şekilde görüldüğü cezai kurallarda normatif-ahlaki düzeyde anlaşılmalıdır. İlk halifeler (Hz.) Muhammed'in Kur'an'da da açık bir şekilde tescil edilen hakimlik statüsünü devraldılar; onun kanun koyma yetkisi konumunu üstlenemediler; karizmanın kendilerine miras bırakılması düşüncesi ortodox (sünni) İslamda ortaya çıkmamıştır. Şiilerde ise bu vardır: Onlar peygamberliğin değilse de, ilahi nurun peygamberin ailesinden masum imamlara intikal ettiğini kabul ediyorlar, bu İmamların sonuncusu İran'da hakim olan akımın en yaygın görüşüne göre 878 yılından beri gaibdedir. Ancak bu öğretiyi hukuki alanda neredeyse sadece teoride kalmıştır:⁷² Gerçekte hukuki gelişme Sünnilikte kine bağlıydı ve Şii öğretiler her zaman en az bir Sünni mezhebin öğretileri ile birlikte oluşmuştur. İlk halifeler ve onların vekilleri yargısal kararlarda İslam hukukuna göre yargılamak gibi bir düşünce içerisinde henüz değillerdi; Kur'an'ın hükümleri elbette gözönünde bulunduruluyordu ve bunun dışındada da yargı Peygamberin ruhuna göre gerçekleşiyordu; ancak hukuki hayat daha henüz çoğunlukla dini açıdan bitaraf olduğu için hakim hukuk sistemi büyük ölçüde devam ettiriliyordu yahut yeni fethedilen eyaletlerde yabancı hukuk sistemi tereddütsüz alınabiliyordu. Bu durumun devam etmesi kısmen dini görevler sisteminden etkilenen, ancak bir bütün olarak pratikteki uygulamadan kaynaklanan ve onun için de gerçekten geçerli olan bir Hukuk sistemine dönüşebilirdi (Bergsträsser). Bu gelişim siyasi koşullar yüzünden engellendi: (Hz.) Muhammed'in en yakın çevresi iktidarı elinde tutmayı başaramadı ve hakimiyet Mekke'nin eski soylu ailelerinden Emevilere intikal etti. Böylece Emevi halifeleri ile Medine'nin dindar çevresi arasındaki karşıtlık ortaya çıkmış oldu. Bu sonuncular görevler öğretisi sisteminin (Pflichten-

⁷² Şiiler'in hukuk kaynakları teorisi bile esas itibarıyla Sünnilerinkiyle aynı sonuca ulaşıyor (bkz. yukarıda 4.bölüm); onlar kaynak olarak iki temel, Kur'an ve Sünnet, ikide tali kaynağı, İcma ve Aklı kabul ediyorlar. En belirgin unsur olarak, Sünnilerdeki İcmanın önemli rolüyle kıyaslanabilen, Sünnet ortaya çıkmaktadır, burada Peygamberin ve İmamların sünneti kastediliyor; bütün öğretiler gelenek üzerinden onların otoritesine dayandırılıyor. Gelenek (hadisler/haberler) hakkında Sünnilerdekinin aynısı geçerlidir (bkz. 3.bölüm). Son İmamın kaybolmasından sonra belirleyici olan icthad ehli olan ulemanın İcmasıdır- İctihada (Sünnilerin hakim görüşünün aksine) bir alt zaman sınırı getirilmediği için, bu Şii müctehidler Sünnilerin sonraki dönemlerdeki İcma taşıyıcılarına benzemektedirler. Müctehidler Kur'an ve Sünnetten hüküm çıkarmak için kullandıkları akli istidlal yöntemi Sünnilerin kıyas metodundan farklı bir şey değildir. Bunlara göre Weber'in söyledikleri s. 476vd. düzeltilmelidir.

lehre) saflığını korumak ve geliştirmek için çaba sarf ederken bütün hukuki hayatı da tutarlı bir dini-ahlaki boyuta tabi kılıyorlardı. Hukukun bu yönde kanunlaştırılmasına yönelik olan bu eğilim Emevilerin dünyevileşmesine ve hakiki duruma karşı gelişmiştir, yani çok katı ve gerçekliğe uzaktı. Geleneğin (haberlerin/hadislerin) ana gövdesi, Sünnet terimi ve hatta İcma ilkesinin ve kıyasın pratikte uygulanışı⁷³ dahi hep bu dönemde, Medine'nin yedi fakihî zamanında ortaya çıkmıştır.

Bir başka değişiklik de Abbasi halifeleri'nin hakimiyeti devralmasıyla birlikte gerçekleşti. Dünyevi Emevilere karşı ayaklanma ile yükselen (Abbassiler) kendilerini dindar olarak gösteriyorlardı ve bu dünyada Tanrı devletini kurmayı iddia ediyorlardı. Onlar kutsal hukuk ile hayat arasındaki derin uyumsuzluğu gidermeye çalışıyor, devlet hukuku ve idaresi hakkında bile fetvaya başvuruyor ve din ulemasını yüksek hakimlik görevlerine atıyorlardı. Ancak şeriatın gerçekten uygulanabilmesi için çok geçti ve hemen sonra da zaten hem istek hem de bunun için gereken güç kayboldu. Sonuç olarak kâdîlik makamıyla kutsal hukukun birleşmesi kalmıştır (Bergsträsser): Abbasilerden beri kâdî bir din alimidir.⁷⁴ Gerçi kâdî aldığı kararlarda dahi kendisini atayan, görevinden alan ve kendisine uygulama için yetki araçlarını sunan veya esirgeyen hükümete bağımlı kalmıştır; ancak yine de her zaman kâdîlar tayin edilmiş ve prensipte bütün icra organları onların hizmetine sunulmuştur. Aynı zamanda bundan böyle hukuki soruların idari şekilde karara bağlanması dönemi başladı. Hukuk ilminin üretken dönemi, dinin hukuk hayatına nüfuz etmesi Abbasilerin erken döneminde son bulmuştur ve sıra hukukun çeşitli, kısmen eski akımların devamı niteliğindeki ve başta-ki şiddetli çatışmalardan sonra gitgide birbirlerini tanıyan ve içlerinden dört tanesinin sürekli ayakta kaldığı mezhepler çerçevesinde sağlamlaştırılması ve sistematize edilmesine gelmiştir (bkz. yukarıda 4. bölüm). İçlerinden birinin kurucusu olan Şafii (ö. 820) hukuk düşüncesini başlı başına bilinç haline getirdi ve böylece İslam'da hukuk ilminin kurucusu oldu (Bergsträsser). Hemen sonra daralma ve donuklaşma meydana geldi. Çünkü İcma prensibi bir kere halledilmiş olan sorular hakkında daha fazla mülahaza fırsatını imkansız kılmaktadır. Bu henüz 9. yüzyılın sonunda artık başka ictihad için mahal kalmadığı ve sadece rivayet edilen öğretinin uygulanması ve yorumunun mümkün olduğu kanaatine yol açmıştır; gerçekte ise bu sonraki faaliyet dahi, kendini özellikle fetvalarla irtibatlı olarak yeni gelen olayları kavrayıp sistematize etmesinden dolayı (bizim anladığımız manada) hukuki açıdan üretkendi (Bergsträsser). Diğer yandan bu duraklama çöküş döneminde destekleyici devlet otoritesinin eksikliğinde istikrarın sağlanması için çok değerli bir güvence sunmuştur, bunun sayesinde İslam hukuku bu çöküş döneminden öteye kendini kurtarabilmiştir.

⁷³ Ancak hukuk kaynaklarına dair nazariye daha sonra oluşmuştur.

⁷⁴ Önceki durum hakkında bkz. yukarıda 3.bölüm.

Osmanlı Türkleri'nin İslama girmesiyle şeriat tarihinde yeni bir döneme girilmişti. Tarihi koşullarla ipotekli olmayarak İslam hukukunu son derece ciddiye aldılar Osmanlılar ve ona Hanefilik kimliğiyle İslam hukuk tarihinin başından bu yana sahip olduğu en büyük itibarı kazandırdılar. Şeriat hukuku ve kâdî makamı devlet tarafından destekleniyordu: Bunun yanında iyi niyetle Kanunnamelerle birlikte şeriata aykırı olmayan, bundan ziyade onun uygulamasını kolaylaştırmayı veya boşluklarını doldurmayı hedefleyen bağımsız bir yasama geliştirilmiştir; burada polis hukuku, ceza ve arazi hukukunun yanında bir de savaş hukuku ve gayrimüslimlerin hukuku ön plandadır. Türkiye'nin (Osmanlı) yıkılmasıyla birlikte İslam hukukunun da bu geç parlak dönemi sona ermiştir ve geçerliliğini 19. yüzyılın reform hareketleriyle ve özellikle Avrupa modeline göre yürürlüğe konulan kanun kitaplarıyla birlikte git gide yitirmiştir. Elbette İslam hukuku öncelikle tamamen ortadan kaldırılmamıştı: Borçlar ve eşya hukuku 1869-1877 arası *Mecelle*'de kanunlaştırılmıştı; Mecelle materyal olarak esasen İslam hukukunu içermekteyse de kanunlaştırma düşüncesi bizatihi şeriatın doğasına aykırıdır.⁷⁵ Türkiyedeki gelişmeye paralel olarak diğer İslam ülkelerinde de Avrupa hukukunun nüfuzu gerçekleşmiştir, bu nüfuzun hızı ve etkisi Avrupalı güçlerin siyasi müdahalelerinin mahiyetine göre değişiyordu. Yeni Türkiye'deki devletin ve dolayısıyla hukuk hayatının tamamıyla baştan aşağı Avrupaileşmesi Şeriat tarihinin sona ermesi anlamına geliyordu; diğer yandan onun geleneksel şeklinin Modernizm tarafından- Modernizmin ilk aşamalarına yukarıdaki 4. bölümde değinilmişti- değiştirilmesi yeni bir gelişmenin de çıkış noktasını teşkil edebilir.

Bu tarihsel bakış aynı zamanda İslam hukuk tarihi içerisinde 'impe-rium' ve 'gelenek' veya 'müşterek hukuk' (gemeines Recht) arasındaki ilişkinin çeşitli evrelerini ortaya koymuştur. Özellikle yukarıda da tekrar tekrar değinilen, "ya karar veren hakimi bağlayıcı bir şekilde yönlendirmek (...) ya da davaları gönüllü veya zorla kendisine veya özel bir mahkemeye çekmek", vasıtasıyla "sonuçta geçerli olan ortak genel hukuk [bu bağlamda şeriat] geniş ölçüde geçersiz" kılınmaktadır (Weber, s. 483 vd.). Bu noktada 'genel' hukukun 'emirin' hukukuna karşı olan karakteristik tavrı kendini göstermektedir, ki dini karakteri olmadığı için onun kendini diğeriyle aynı seviyeye koyması mümkün değildi. Sıklıkla uygulanan ve şeriatın da onayladığı kâdîların belirli okullara veya otoritelere olan bağlılığı "İmparatorluk yetkisindeki resmi hukuk" (Weber, s.433) olarak tanımlanabilir (bkz. yukarıda 2. bölüm). Osmanlı gelişme döneminin iki karakteristik belirtisine daha özellikle değinmeye değer: bunların Weber tarafından (s. 483, 488, 490) imparatorluğun genel hukuka müdahale etmesine getirilen tanımlamasına uymaları belki de tesadüf değildir. Bu kendini bir kere Osmanlı Kanunnamelerinin ceza hukukuna olan ilgilerinde gösterir. Ancak diyet paralarını

⁷⁵ Mecelle'nin tanıtımı için bkz. İslam, XX, 213.

tarifeleme düşüncesi ise eski Arap kabile hukuku kaynaklıdır ve şeriatın üretken döneminde yaralama olaylarının tamamını kapsayan kefarete sistemi olarak geliştirilmiştir ve tamamlayıcı nitelikte kısasın yanında uygulanmıştır;⁷⁶ ancak çok daha geniş çaplı olan ve hadd cezaları ile taziri de içine alan kanunnamelerdeki suçlunun maddi durumuna göre kademeli olarak düzenlenmiş para cezaları sistemi tamamıyla 'emirin' eseridir. Buna göre Kanunnamelerin bu şekilde ortaya çıkmasında İmparatorluğun özellikle hukuk birliğinin sağlanması⁷⁷ amacıyla güçlü siyasi bir yeniden oluşuma, bir kanunlaştırmaya⁷⁸ yönelik tipik bir çabasının olduğu görülür.

6. Belirli hukuk alanlarıyla ilgili

Dini bir görevler sistemi olarak İslam hukuku eylemleri şöyle bir skayla dini açıdan bir değerlendirmeye tabi tutmuştur: yükümlülük (farz, vacip), tavsiye (sünnet,⁷⁹ müstehab), belirsiz (mübah), çirkin (mekruh), yasak (haram): mübah - yani ne emredilmiş ne de yasaklanmış olan- caizden- yani uygun, izin verilmiş, yapılmasında sakınca olmayan- ve de helal den- yani haram olmayan herşey- farklıdır. Bunun yanında bir de iki ucunda geçerli (sahih) ve geçersiz (batıl) kategorileri olan hukuki meşruluğu gösteren skala var; aralarında da bütün ekollerin aynı şekilde kabul etmediği, özellikle Hanefilerin belirgin biçimde ayırt ettiği kategoriler olan *mekruh* ve *fasid* var; bu aynı şekilde hukuki açıdan geçerli ancak iptal edilebilir olması (nisbi butlan) ile de irtibatlıdır. İki silsilenin de birbirinden farklı alanları temsil etmedikleri, *mekruh*un ortak oluşu ve daha ziyade *caizin* manası gösteriyor: *sahih*le adeta eşanlamlı olup eylemleri ahlaki-dini ve aynı zamanda hukuki açıdan uygun addediyor ve dolayısıyla hukuken geçerli ve etkili kılıyor. Bu terimde hukuk nesnesinin dini açıdan değerlendirilmesi en açık bir şekilde görülmekte; kuşkusuz meydana gelebilecek bütün olayları kapsıyor.⁸⁰

Bununla İslam hukukunun şahsa tanıdığı akit hürriyetinin kapsamı hakkında soru ortaya çıkıyor. Bu hürriyet özellikle ticaret hukukundaki çağdaş terimlere nazaran, çok kısıtlı; bu kısmen doğrudan yasaklarla olduğu gibi, mesela haksız kazancın yasaklanması (faiz ve diğer tefecilik işlemlerinin de) ve risk yasağı (ve genel olarak güvensizlik etkenleri), veya bazı eski Arap hukuk işlemlerinin kesin şekilde reddedilmesi gibi; kısmen de huku-

⁷⁶ Weber tarafından vurgulanan dini kurumların ceza hukukunun gelişimine olan etkisi özellikle kısasın geri itilmesinde görülüyor; bu eğilim (kisasın geri plana itilmesi) etkisini henüz Kur'an'da da göstermiştir ve daha sonra şeriatta uygulanmaya devam edilmiştir (ancak tamamen ortadan kaldırılmasına kadar değil).

⁷⁷ Osmanlı zamanındaki Kadıların çoğu zaman Hanefi mezhebi çerçevesinde belirli görüşlere bağlı kalmaları da bu sebepten kaynaklanmaktadır.

⁷⁸ Bu gayret diğer İslam devletlerinde, ataerkil devlet yapısıyla bağlantılı olarak çarpıcı bir şekilde azdı; yeni dönemdeki Kodifikasyonlar her ne kadar (evlilik ve aile hukukunda Mecelle ve Kadri Paşa'nın Mısır kodifikasyonunda olduğu gibi) İslam hukuku içerikli olsalar da Avrupa'nın etkisi altında kalmışlardır; 1924 deki Afgan ceza kanunu hakkında bkz. yukarıda 2.bölüm.

⁷⁹ Bu terimin "yaygın olan, alışılmış olan" manasındaki Sünnet kelimesiyle karıştırılmaması lazım.

⁸⁰ Bu ifadeler Bergstraessere dayanıyor.

kun belli akit modelleri ortaya koymamasından menkul ve değerlendirilen meselelerin hukuki sonuçlarını öyle düzenliyor ki neticede red edilen akit şartları ile ahenk sağlanıyor; *Hilelerin* büyük bir bölümü ticaret hukukuna getirilen sınırları genişletmek için vaz edilmiştir. Hukuki işlemlerin (akit hukuku) sonuçları ayrıntılarına kadar düzenlendiği için, akit hürriyetinin geçerli olduğu alanda çok sınırlı “değişken hukuk” alanı vardır, ki o da taraflar başkaca bir şey kararlaştırmamışsa geçerli olur; bu da genel olarak evlilik akdinde “uygun mehrin” belirlenmesi ve ona benzer eksik kalan akit sözleşmelerine ilavelerin yapılmasıyla sınırlıdır. Dikkati çekecek kadar geniş hareket serbestliği olan bir alan var ki kendisinin içinde bulunduğu özel durumdan dolayı üçüncü şahısların esaslı bir şekilde ilgisini çekiyor, o da *vakıf* alanıdır; burada vakfedenin kendi vakfını kullanım ve idare şeklindeki tasarruf hakkı büyük oranda hukuken garanti altındadır. Akit hürriyetinin genel olarak kısıtlanması akit hukuku alanında ekonomik gücü zayıf olanlara yarıyor, çünkü onlar bu sayede piyasadaki zenginlerin kendilerini ekonomik üstünlüklerini kullanıp sömürmelerinden korunuyor. Genel olarak İslam hukukunda akit hürriyetinin kısıtlanması özellikle dini-ahlaki sebeplerden menkuldür. Medeni hukuka hakim ve Kur’an’ı Kerim kaynaklı olan iki kesin yasağa daha önce değinilmişti; Mekke’nin ticaret hukukunda faizin ve spekülatif işlemlerin önemli rolü vardı.⁸¹ Cinsel sözleşme alanında kadın takası (şığâr)⁸² bazı daha başka eski Arap usulü evlenme şekilleriyle birlikte red edilmiştir, sahih bir evliliğin yanında erkeğin kendi köleleri arasından olan cariyesi ile birlikteliği – bu konuda en eski, daha Hz. Ömer (ö. 644) tarafından yasaklanan durumu devam ettiren Şiiler’de- geçici nikah (mut’a) ise kabul edildi; diğer bütün cinsel ilişki şekilleri ve dolayısıyla fuhuş zina kabul edilerek yasaklandı. Evlilik ve cariyelik müesseseleri ana hatlarıyla eski Arap hukukunun (Hz.) Muhammed zamanında ulaştığı gelişme düzeyini yansıtıyor: normal evlilik biçimi kadının satın alma yoluyla alımıydı, her ne kadar mehir artık genellikle kadının velisine değil de kendisine veriliyor idiyse de;⁸³ kadının konumu Kur’ân ve ardından gelen İslami gelişmelerle belirgin şekilde düzeltilmiştir. Evlilik akdindeki kısıtlamalara karşı erkeğe kadına nazaran çok daha fazla öncelikler tanınan boşanma hürriyeti sürpriz bir şekilde çok geniş tutulmuştu.⁸⁴ Bu suretle “kadının mülkiyet hukuku alanındaki ekonomik açıdan çok serbest ve emniyetli konumu”, cinsel akit hürriyetine benzer bir

⁸¹ İslam hukukuna göre borca faiz alınmaması ilk dönemin kalıntısı değildir yani (Weber, s. 420).

⁸² Weber’e göre (s. 428) “en eski cinsel akit” işlemidir bu. [Şığâr nikâhı: İki kadının mehirsiz olarak biri diğerine mukabil olmak üzere iki erkeğe nikâhlanması. İki erkeğin, kız kardeşlerini mehirsiz olarak değiş tokuş yoluyla birbirlerine nikâh etmeleri gibi. B. U.]

⁸³ Evliliğin ataerkil karakteri, kadının kabilesine saygı, asil kadınların ataerkil erkek egemenliğinden kurtulma gayretleri ve de sahih evliliğin belirgin özellikleri burada da mevcut, ancak mehir müessesesi eksik. Cariyelikten olan çocukların konumu babanın keyfiyetine bağlıydı; ancak İslam hukuku onları sahih evlilikten olan çocuklarla eşit hale getirdi, diğer yandan gayri meşru çocukların varlığını kabul etmedi. Bütün bunlar için bkz. Weber, s. 428.

⁸⁴ Boşanma biçimleri arasında eski Arap irrasyonel artıkları da devam edegelmişti.

durum oluşturmuştur (Weber, s. 429). Miras hukuku akrabalar arası vasiyet sırasına göre vasiyetten evvel bağlayıcılığı olan ve sabit oranlarla kayıtlı bir sisteme sahiptir: bu durum eski Araplardan kaynaklıdır, diğeri (vasiyet) ana hatlarıyla Kur'an tarafından istisnai zorlukları dengelemesi için getirilmiştir; vasiyet verme hakkı terekenin üçte biriyle kısıtlı olup varislerin lehine geçerli değildir; bu zamanla en büyük servetin bile parçalanmasıyla sonuçlanmaktadır: o yüzden çok defa vakıflar kurmak yoluyla bir çıkış yolu aranmıştır veya dini karakterine rağmen miras hukuku gayri menkuller söz konusu olunca örfi hukuktaki kurullarla değiştirilmiştir. Kölelik müsamaha ile karşılanmıştır, ancak eğilim onu kısıtlamaya yöneliktir: sadece doğuştan veya (gayri müslim olarak) savaş esiri olarak köle olunabiliyor, anlaşma yoluyla köleliğe girmek yasaklanmıştır; köle azadı dini açıdan tavsiye ediliyor, bazı durumlarda ise yasal olarak devreye giriyor ve buna hukuki açıdan öncelik tanınıyor. Kölelik şartlarının ataerkil yapısı ve ahlaki açıdan şekillendirilmesinden dolayı, ki bu kölelerin güçlü hukuki⁸⁵ ve bunun da ötesine giden örfi güvenceler almalarına neden oldu, durumları gayet uygun; aileden sayılan ev hizmetçilerinin yanında bir de çok büyük dolaşım serbestliği olan faiz getirici yatırım aracı olarak mesleki ve ticari köleler var, ve bazı zamanlarda kölelik askeri açıdan büyük öneme sahip olduğundan askeri köleler ve azad edilenlere sosyal açıdan yüksek ilerleme imkanları tanınıyordu; ekonomik sömürü aracı olarak tarım ve endüstriyel işçi köleler İslamda⁸⁶ neredeyse hiç bir zaman olmadı. Azad olunan köle eski mevlasıyla aile hukukuna ilişkin etkileri de bulunan bir bağımlılık ilişkisiyle bağlı kalıyor. Buna benzer bir ilişkide Arap olmayan birinin bir Arapla yapmış olduğu bağımlılık anlaşmasıdır: Önceleri İslam'a giren her Arap olmayan kişi bu tür bir "statü anlaşmasıyla" kendisini bir Arap kabilesine bağlamak zorundaydı, ancak Arap olmayan müslümanların önemi git gide artınca bu uygulamada zamanla eskimiştir.⁸⁷ Evlilik ve mevlalık sözleşmeleri gibi "konumu belirleyen akitlerin" yanında şeriat bir de İslam öncesi örfi hukuktan "amaca yönelik" olan akitleri de hazır bir şekilde devraldı: Tarihi geçmişleri hakkında söylenebilecek tek şey, özellikle "gai sözleşmelerin" ağırlıkta uygulandığı ticaret hukuku alanında yabancı etkilerin tesir ettiğiidir (bkz. yukarıda 5. bölüm): O yüzden detaylara sadece Arap dışı kaynaklığın/ tesirin bilincinde olarak de-

⁸⁵ Bu yüzden köle mevlasına karşı büyük ölçüde dava ehliyetine sahiptir (yargıya başvurabilir).

⁸⁶ Emevilerin Arabistandaki arazileri hariç bundan.

⁸⁷ İki ayrı statü anlaşması Kur'an tarafından yürürlükten kaldırılmıştı: İslam öncesi Araplarda yaygın olan evlatlık alma 33. surenin 4, 5 ve 37 ayetleriyle ve de önce Kur'an tarafından getirilen Mekkeli ve Medinelî müminler arasındaki kardeşlik anlaşması 33. Surenin 6. ayetiyle.

ğınilecektir,⁸⁸ aslında Weber'in (s. 416ff.) bunların oluşmasıyla ilgili geliştirdiği teoriye güzel şekilde uyardı. Gai sözleşmelerden başka gelişmiş bir akit ve ticaret hukuku talep hakkının vekaletini ve devredilebilirliğini gerektirir (Weber, s. 423); ikisi de (vekalet ve havale) mutlaka aynı şekilde İslam öncesi kurumlardan dolayı şeriatte gelişmiş düzeyde mevcuttur; buna karşın daha önceden Mekke'deki örfi hukukta bilinen yazı prensibi tekrar kaldırılmıştır, bu yüzden tarihi açıdan önemli olan vesika alanının ticarileşmesi yalnız hukuk pratiğiyle sınırlı kalmıştır (bkz. yukarıda 2. ve 3. bölümler).

Şeriatın belirttiği veya kabul ettiği özel haklar daha ziyade dini-ahlaki temellidir; otonom iradi hukuk ve tüzel kişilik burada sadece küçük bir derecede rol oynuyor:⁸⁹ Yan yana mevcut olan mezhepler şahsın veya bir topluluğun kendileri için kullanabilecekleri imtiyazlar olmaktan ziyade, şahsın kendi eylemleri için ve kâdî'nın (siyasi otoritenin bağlayıcı şartı temelinde ancak fetva isteyen mezhebini dikkate almadan) da verdiği hükümler için mesned kıldığı tek şeriatın çeşitli algılamalarıdır. Gayri müslimlerin özel haklarının dini ve siyasi temelli oluşumu yukarıda (4. bölüm) zaten vurgulanmıştır: Hatta İslam hukuk tarihinin haricinde duran kendilerinin özerk hukuk sistemleri bile sadece kayıtlı olarak otonom iradi hukuk diye nitelendirilebilir⁹⁰ ve şeriat tarafından gayri müslimler için öngörülen azınlık hukuku ise hiç birşekilde o yapıya sahip değildir.⁹¹ Başka özel haklar için, özellikle fakirler ve Peygamberin soyundan gelenlere ait olmak üzere, yapılan girişimlerde aynı şekilde dini-ahlaki karakterlidir. Şeriatın mülkiyet hukukunun düzenlenmesi ve akabinde dünyevi otoriteler tarafından yürürlüğe konan toprak vergisi ve ikta ile ilgili ayrıntılı ve özel düzenlemeler siyasi ve vergi hukukuna göre gerçekleşmiştir; ancak burada bile bireyler arası yapılan anlaşmalar ile cari hukuk arasındaki tezat söz konusu değildir.

⁸⁸ (Detaylarda Hanefi hukuku esas alınarak) buraya özellikle şunlar aittir: kendi kendine yardım yoluyla dava başlangıcı ki su şekilde oluyor: "davacı davalıyı zorla mahkemeye götürür ve yalnız hakim davalıyı suçlu bulduğunda ve onun kefareti kabul edeceği emniyeti oluştuğunda davalıyı davacı nihayet serbest bırakır"; "mahkemede hazır bulunma için kefillik" ve hazır olmaması halinde kefilin tutuklanması veya davalının kefil tarafından mahkemeye intikali için tutulması; borçlunun mülkü ile değil de fiziki şahsı ile mesul tutulması; bu yüzden mahkeme yoluyla icra yoktur, ödeyene kadar veya ödeme gücünün olmadığı ortaya çıkana kadar tutuklanır; alacaklının mahkeme yoluyla savunabileceği hak ile kanuna aykırı hareketlerden dolayı oluşan hakların bir arada bulunması (bk. yukarıda 2. bölüm). İslam hukukunun tüm bu özellikleri neredeyse kesin bir şekilde İslam öncesi döneme aittir. Öte taraftan kabilenin dayanışmacı ceza mükellefiyeti ve bir kabileye ait şahısların mahkemeye gerçek manada başvuramamaları gibi eski Arap kabile yapısının organizasyonu ile ilgili özellikler şeriat tarafından ilga edilmiştir.

⁸⁹ Burada kastedilen eski tip özel haklar, vakıf gibi genel bir yetki esasında olan özel hukuk müessesesi değil: bkz. Weber, s. 431 vd.

⁹⁰ Bunun imtiyaz olarak algılanması geçerli olmayıp "özel anlaşmalar cari hukuku bozar" düşüncesi de burada geçerli değildir; aksine bütün gayri müslimler için kadıya başvurmak serbesttir, ondan sonra yalnızca şeriat geçerlidir; şeriat gayri müslimlerin hukuki şartlarını gözetmekten ziyade onları bu bakımdan daha fazla göz ardı ediyor.

⁹¹ Mevalilerin eski Arap hukukundaki azınlık hakları -ki onlardan bazıları mevali akitlerinde varlığını İslamda da sürdürmüştür- dini sakıncalar yüzünden küçük kalıntılar dışında bastırılmıştır.

Topluluk-birlik (Verband) probleminden kaynaklanan hukuki şahsiyet-tüzel kişilik (juristische Person) terimi İslam hukukuna tıpkı kurumsal dernekler (korporative Organisation) ve kurum (Anstalt) terimleri gibi yabancıdır. Şeriatın kabul ettiği tek kurum (Korporation) eski Arap kabile sisteminden devralınan ve çoğu zaman kan diyetini ödemek zorunda olan kan bağına göre oluşturulan soybirliğinin hukuki mükellefiyettir (âkile). Akile ilk olarak kabile mensuplarından müteşekkil, azad olunan ve köle için de mevlası ve onun akilesini kapsayan bir yapıdır;⁹² Akile teriminin eğer fail onlara mensupsa devletten özel ücret alanlara (Divan ehline) ve meslektaşlara, komşulara (Hanefi öğretisine göre) tahsis edilmesi İslami açıdan öngörülmüştür; ancak akilenin şehir yapısına uyumu yetersizdi (Bergsträsser) ve bütün kurum bu yüzden erken dönemde çöktü. Şeriat bundan başka sadece belirli şekillerde bir iktisap şirketini- birlikteligini öngörüyor, onlar için de hukuki şahsiyet terimi tümüyle uygunsuzdu (Weber S. 44ovd.); bunlar daha çok elbirliği ortaklığı prensibinin “genelin ayrı bir hukuki şahıs olarak değerlendirilmesi ve (...) birlikte sahip olunan servetin tasnifine”⁹³ göre oldukça değişik ve rasyonel oluşumlarıdır. Kardeşlik ve kült birlikleri olarak organize olan asıl meslek birlikleri oluşumu İslam hukuku tarafından görmezlikten gelindi; bunlar İslam öncesi antik geleneği devam ettirip müşterek kült soforaları ve kasaları mevcut olup, kriminal ve sivil davalara kendi üyeleri arasında izin vermiyorlar ve kendi hazırladıkları tüzükler için özerklik talep ediyorlar; bu yüzden ve de kendilerinin bazı adetlerine karşı dini-İslami itirazlar sebebiyle şeriat alimleri tarafından hem de tekrar tekrar red edildiler. Sadece hukuk pratiği (yargı) daha çok ilk zamanlarda -özellikle köy topluluğu bağlamında- zorunlu toplulukların-birliklerin mesleki açıdan zorunlu topyekun hukuki mesuliyetlerini, tanıyıp kabul ediyor. Devlet ne bir kurum ne de tam olarak bir hukuki şahsiyet olarak algılanıyor: devletin müntesiblerinin-üyelerinin (Mitglieder) hukuk alanları birliğinkinden (Verband) esasen prensip olarak büyük ölçüde ayrılmasına rağmen aslında sadece yetersiz olarak ayrılmıştır:⁹⁴ devlet hazinesi özel hukuk açısından iktisab hakkına sahiptir ancak dava ehliyeti yoktur.⁹⁵

⁹² Bu husus ta Mevralığın daha doğrusu mevali akdinin temel anlamı yatmakta.

⁹³ Bunun yanında buraya ticari kölelerin “iktisab hakkı olarak sınırsız yetkiyle hareket edebilmesi, Efendisinin onun anlaşmaları hususundaki kısıtlı sorumluluğu ile ve de özel mülkiyetin-birikimin bir tür yatırım şirketi idaresi biçiminde sınırlı kullanımıyla ilgili“ oluşumlar katılabilir.

⁹⁴ Bir tek müslüman geneli yükümlendirebilir, mesela eman da olduğu gibi (bkz. yukarıda 2.bölüm), keza bireylerden oluşan bir grup yeni bir idarecinin (Halife, İmam) kabulünde bütün geneli sorumlu kılabilir; birlik-grup organları teorisi çok zayıf kalmıştır. Devlet hazinesinin (beyt’ül-mal) sahibi olarak müslümanların tamamı (o yüzden: beyt’ül-muslimin) geçiyor; toplu servet ile kişisel mülkün arasındaki sınır fethedilen topraklara yapılan muamelelerde ve dağıtımlarının burs usulü ödemeleri şeklinde (gelirden yapılan dağıtım) olmasından dolayı iç içe idi; ancak şeriatın gelişmiş sisteminde bu ayrım bariz bir şekilde sürdürülmekte; imanın özel serveti de özellikle dini-siyasi amaçlar için kullanılan devlet hazinesinden kesin bir şekilde ayrılmıştı (ancak pratikte elbette görülen bunun tam tersi idi).

⁹⁵ Ancak İmam (devlet başkanı) bizatihi özel şahıs olarak bu yetkiye sahiptir.

Vakıflar dahi hukuki şahsiyet değiller:⁹⁶ Gerek dini amaçlar itibarıyla gerekse dünyevi ilişkilere aktarılmalarında öyle gözüküyorki şeriat tarafından hiç şüphesiz fethedilen bölgelerin hukukundan alınmışlar⁹⁷ ve sonra İslam'da olağanüstü büyük rol oynamışlardır: Ancak kurum ve korporasyon terimlerinin geliştirilmesine katkıda bulunmamışlardır.

Şimdiye kadar anlatılanlardan, şeriatın, her ne kadar eski Arap örfi hukukunun önemli bölümlerini bünyesinde korumuşsa da, özellikle hukuki ilişkilerin dayanağı olan kabilecilik düzeninin sivil ve ceza hukuku alanındaki dayanışma ilkesini nasıl bastırdığı, tekrar tekrar görülmüştür: Bu İslam'a has bir özellik olan ve (Hz.) Muhammed'in kendisine dayanan, kabilenin yerine bireysel sorumluluğun vurgulandığı toplumun (cemaatin/ inanç birliğinin/ ümmetin) geçmesinden kaynaklanan bir etkidir. Bu bağlamda eşya hukuku alanında dayanışmayı ve kooperatif anlayışı esas alan bir hukukun eksikliğiyle birlikte herhalde İslam öncesi Araplarda mevcut ve nihayet Abbasilerle birlikte iyice kesinleşen ataerkil karakterli siyasi patrimonializm (tek bir yöneticinin emrine amade askeri ve idari kurumlara dayanan siyasi sistemin adı, Weber'e göre bir kavram! B.U.) kabile gibi kooperatif yapılara karşı etkili oldu.

Anlatılan şeylerden sonra şeriatın bir bütün olarak veya belli bölümlerinin bir tek sloganla içerik olarak tasvir edilmesi beklenilemez; ancak formel olarak en belirgin özelliği, içeriğine de büyük ölçüde yansıyan, bir dini vazifeler sistemi öğretisi (religiöse Pflichtenlehre), bir kutsal hukuk (heiliges Recht) niteliğinde olmasıdır.

⁹⁶ Vakfın mülkiyet sahibi hakkındaki soru İslam hukukunda hiç bir zaman net olarak çözümlenememiştir (burada onun Allahın mülkü olduğunu savunan çözüm önerisi zikredilebilir).

⁹⁷ Gerçek kökeni tam olarak incelenememiştir.

